
Die eheähnliche Gemeinschaft im Arbeitsrecht

Dissertation
der Rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Zürich
zur Erlangung der Würde eines Doktors
der Rechtswissenschaft

vorgelegt von

Stephan Thurnherr

von Au SG

Genehmigt auf Antrag von
Herrn Professor Dr. Manfred Rehbinder

1982



STÄMPFLI & CIE AG · BERN



Digitized by the Internet Archive
in 2026

Die eheähnliche Gemeinschaft im Arbeitsrecht

Dissertation
der Rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Zürich
zur Erlangung der Würde eines Doktors
der Rechtswissenschaft

vorgelegt von

Stephan Thurnherr

von Au SG

Genehmigt auf Antrag von
Herrn Professor Dr. Manfred Rehbinder

1982



STÄMPFLI & CIE AG · BERN

Die Rechts- und staatswissenschaftliche Fakultät der Universität Zürich gestattet hierdurch die Drucklegung vorliegender Dissertation, ohne damit zu den darin ausgesprochenen Anschauungen Stellung zu nehmen.

Zürich, den 9. Dezember 1981

Der Dekan:

Prof. Dr. G. Hauser

Die gleiche Arbeit ist im Verlag Stämpfli & Cie AG Bern erschienen als Heft 15 der Reihe

Schriften zum schweizerischen Arbeitsrecht SSA

begründet und herausgegeben von Professor Dr. Manfred Rehbinder (Zürich).



©

Verlag Stämpfli & Cie AG Bern · 1982
Gesamtherstellung Stämpfli & Cie AG,
Graphisches Unternehmen, Bern
Printed in Switzerland

Inhaltsverzeichnis

1. Teil	11
1. Kapitel: Einführung	11
2. Kapitel: Begriff und Definition	14
I. Einleitung	14
II. Definition in Anlehnung an das Wesen der Ehe	15
III. Kritik an der bisherigen Definition	17
3. Kapitel: Zum Problem der Sittenwidrigkeit einer eheähnlichen Gemeinschaft	18
I. Die Bedeutung des Problems	18
II. Lösungsversuch auf der Grundlage der Rechtsprechung des Bundesgerichtes	19
1. Die Rechtsprechung des Bundesgerichtes zum sogenannten Mätressentestament	20
a) Die einzelnen Entscheidungen	20
b) Ergebnis	22
2. Die Rechtsprechung des Bundesgerichtes zum Lohnversprechen für Dienste, welche im Rahmen einer eheähnlichen Gemeinschaft geleistet worden sind	24
a) Die einzelnen Entscheidungen	24
b) Ergebnis	25
3. Lösung	26
III. Lösungsversuch mit Hilfe des ungeschriebenen Grundrechtes der persönlichen Freiheit	27
2. Teil	34
4. Kapitel: Lohnansprüche gegen den Partner einer eheähnlichen Gemeinschaft	34
I. Einleitung	34
II. Vereinbarkeit des Arbeitsvertrages als Unterordnungsverhältnis mit der eheähnlichen Gemeinschaft als Gleichordnungsverhältnis	36
1. Das Arbeitsverhältnis als Unterordnungsverhältnis	36
2. Die eheähnliche Gemeinschaft als Gleichordnungsverhältnis	37
3. Vereinbarkeit beider Verhältnisse	38
III. Lohnansprüche	40
1. Ausdrücklich oder konkludent geschlossener Arbeitsvertrag	41
2. Die Vermutung gemäss Art. 320 Abs. 2 OR	44
a) Bedeutung des Art. 320 Abs. 2 OR	44
b) Anwendung des Art. 320 Abs. 2 OR in der Praxis des Bundesgerichtes	44
c) Kritik an der Rechtsprechung des Bundesgerichtes	46
4. Entgeltlicher Arbeitsvertrag	52
5. Unentgeltlicher Arbeitsvertrag	53
6. Faktischer Arbeitsvertrag	54
5. Kapitel: Andere vertragliche Entschädigungsansprüche gegen den Partner einer eheähnlichen Gemeinschaft	55
I. Einleitung	55
II. Die Arten der Entschädigung	56
1. Heiratsversprechen	56
2. Verfügung von Todes wegen	57
3. Schenkung	59
4. Zusammenfassung	60

6. Kapitel: Ausservertragliche Entschädigungsansprüche	60
I. Einleitung	60
II. Keine Anwendung von Art. 320 Abs. 2 und 3 OR	61
III. Ungerechtfertigte Bereicherung	62
1. <i>condictio sine causa</i>	63
2. <i>condictio causa data causa non secuta</i>	64
3. Übrige Bereicherungsklagen	67
IV. Bereicherungsrechtliche Einzelfragen	68
1. Gegenstand und Umfang der Bereicherung	68
2. Wegfall der Bereicherung, insbesondere fehlende Ersparnis von Aufwendungen	70
3. Ausschluss der Rückforderung analog Art. 156 OR	71
4. Ausgleich beidseitiger Leistungen	73
V. Schadenersatzansprüche	75
1. Art. 92 ZGB	75
2. Art. 28 ZGB	75
VI. Vertrauenshaftung	76
7. Kapitel: Arbeitsleistungen im Rahmen einer Gesellschaft	78
I. Vorbemerkung	78
II. Die Personengesellschaften	82
1. Die einfache Gesellschaft	82
2. Die Kollektivgesellschaft und die Kommanditgesellschaft	84
8. Kapitel: Haftungsfragen	86
I. Haftung gegenüber dem Partner	86
1. Haftung ausserhalb eines Vertragsverhältnisses	86
2. Haftung im Rahmen eines Vertragsverhältnisses	88
II. Haftung gegenüber Dritten	90
9. Kapitel: Einzelfragen arbeitsrechtlicher Natur	91
I. Auflösung der eheähnlichen Gemeinschaft – Auflösung des Arbeitsvertrages	91
1. Auflösung aus wichtigem Grund	91
2. Schadenersatzansprüche	94
II. Leben in einer eheähnlichen Gemeinschaft als Verletzung von Arbeitnehmerpflichten	95
III. Pflicht zur Zahlung von Sozialversicherungsbeiträgen unabhängig vom Bestand eines Arbeitsvertrages	98
10. Kapitel: Zusammenfassung	100

Literaturverzeichnis

- BAUMANN ALEXIS
BECKER H. Die zivilrechtliche Bedeutung des Konkubinats, Diss. Erlangen 1932
Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht
1. und 2. Abteilung, 1941/1934
- BINSWANGER PETER Kommentar zum Bundesgesetz über die Alters- und Hinterlassenen-
versicherung, 1950.
- BOTSCHAFT REVISION
EHERECHT Botschaft über die Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches
(Wirkungen der Ehe im allgemeinen, Ehegüterrecht und Erbrecht),
BBl. 1979 II S. 1191ff.
- BOTSCHAFT GLEICHE
RECHTE Botschaft über die Volksinitiative «Gleiche Rechte für Mann und
Frau», BBl. 1980 I S. 69ff.
- BRUNNER ANDREAS B. Die ausserordentliche Kündigung des Arbeitsvertrages nach schweize-
rischem im Vergleich zum deutschen Recht, Schriften zum schweizeri-
schen Arbeitsrecht Heft 8, 1979
Handkommentar zum Einzelarbeitsvertrag, 1978
- BRÜHWILER JÜRG
Bund Schweizerischer
Frauenorganisationen
(BSF) Wertschätzung der Haushaltarbeit, 1981
Betriebswissenschaftli-
ches
Institut der ETH Zürich
(BWI)
- BURCKHARDT WALTHER Kommentar der Schweizerischen Bundesverfassung vom 29. Mai 1874,
3. Aufl. 1931
- BÜHLER WALTER/
SPÜHLER KARL Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Die Ehescheidung,
1980
- VON BÜREN BRUNO Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil 1964; Besonderer
Teil 1972
- CANNER R. Aus der Rechtsprechung zum Dienstvertragsrecht. 1. Folge 1971; 2.
Folge 1972
- CAVIN PIERRE Kauf, Tausch und Schenkung, in: Schweizerisches Privatrecht, Bd. 7,
1. Halbbd., 1977
- DECURTINS CARLO Die fristlose Entlassung, Sachverhalte und Urteile, 1981
- DEUERLER JOHANN Vermögenszuwendungen in eheähnlichen Verhältnissen, Diss. Kon-
stanz 1979
- EGGER A. Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Das Eherecht, 2.
Aufl. 1936 (Eherecht)
- Ders.* Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Das Personenrecht
2. Aufl. 1936 (Personenrecht)
- ERMAN WALTER/
WESTERMANN HARM
PETER Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 5. neubearbeitete
Aufl., Bd. 1, Münster Westfalen, 1972
- ESCHER ARNOLD Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Das Erbrecht, 3.
Aufl., 1959
- FAMILIENBERICHT Bericht über die Lage der Familie in der Schweiz, Hrsg.: Bundesamt
für Sozialversicherung, 1978
- FLEINER F./GIACOMETTI
Z. Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 1949
- FREI HANS Die familienrechtliche Verpflichtung des Zusammenwirkens zwischen
Ehegatten, insbesondere in Beruf und Gewerbe, zur Sicherung der
wirtschaftlichen Existenz der ehelichen Gemeinschaft, Diss. Fribourg
1935
- GAUCH/SCHLUEP/JÄGGI Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil ohne ausserver-
tragliches Haftpflichtrecht, Bd. 1 und 2, 1. Aufl. 1977, Nachdruck 1978
- GÖTZ ERNST Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Die Eheschlies-
sung, 1964

- GUHL THEO Das Schweizerische Obligationenrecht mit Einschluss des Handels- und Wertpapierrechts, 7. Aufl. 1980
- HAFTER ERNST Schweizerisches Strafrecht
Allgemeiner Teil, 2. Aufl. 1946, Besonderer Teil, 1. Hälfte 1937, 2. Hälfte 1943
- HINDERLING HANS Das schweizerische Ehescheidungsrecht, Zusatzband zur 3. Aufl., 1981
- IMBODEN/RHINOW Schweizerische Verwaltungsrechtsprechung, Bd. 1, Allgemeiner Teil, 1976; Bd. 2, Besonderer Teil, 1976
- KELLER MAX Lehrbuch des Eherechts, 1973
- KOSSENDEY WOLFGANG Eheähnliche Verhältnisse im Arbeitsrecht, Diss. Köln 1973
- KOST PIUS Die Gefälligkeit im Privatrecht mit besonderer Behandlung der Gefälligkeitsfahrt, Diss. Zürich 1973
- KRAMER ERNST A. Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Allgemeine Einführung in das schweizerische Obligationenrecht und Kommentar zu Art. 1 und 2 OR, 1980
- KUNIGK FRITZ Die Lebensgemeinschaft. Rechtliche Gestaltung von ehelichem und eheähnlichem Zusammenleben, 1978
- KURR JOCHEN Vereinbarungen zwischen Partnern eheähnlicher Lebensgemeinschaften und Ehegatten, Diss. Bielefeld 1978
- LANDWEHR GÖTZ Die nichteheliche Lebensgemeinschaft, 1978
- (HRSG.)
- LEMP PAUL Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Das Eherecht, 1963
- MEIER-HAYOZ ARTHUR/ Grundriss des Schweizerischen Gesellschaftsrechts, 3. Aufl. 1978
- FORSTMOSER PETER
- MERZ HANS Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Einleitung Artikel 1–10 ZGB, 1962
- MESSERLI ROLF Arbeitsleistungen unter Ehegatten nach schweizerischem Recht, Diss. Bern 1970
- NAMGALIES FRIEDEMANN Die eheähnliche Gemeinschaft im deutschen, französischen, österreichischen, schweizerischen, englischen, dänischen und tansanischen Recht, Diss. Kiel 1978
- OFTINGER KARL Bundesgerichtspraxis zum allgemeinen Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, 2. Aufl. 1973 (Praxis)
- Ders.* Schweizerisches Haftpflichtrecht, 1. Bd., Allgemeiner Teil, 4. Aufl. 1975 (Haftpflichtrecht)
- OHLENBURGER-BAUER Die eheähnliche Gemeinschaft. Eine rechtsvergleichende Betrachtung ihrer Rechtslage und Rechtswirkungen in Frankreich und Deutschland, Diss. Köln 1977
- KARIN
- OSER HUGO/ Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, 2. Aufl. 1936
- SCHÖNENBERGER
- WILHELM
- PIOTET PAUL Erbrecht, in: Schweizerisches Privatrecht, Bd. 4, 1. Halbbd., 1978
- REHBINDER MANFRED Schweizerisches Arbeitsrecht, 6. Aufl. 1981
- Ders.* (Hrsg.) Die Haftung des Arbeitnehmers, Schriften zum schweizerischen Arbeitsrecht Heft 13, 1981 (Haftung)
- SALADIN PETER Grundrechte im Wandel, 2. Aufl., 1975 (Grundrechte)
- SIEGWART ALFRED Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Die Personengesellschaften, 1938
- SCHLÜTER WILFRIED Die nichteheliche Lebensgemeinschaft, Schriftenreihe der juristischen Gesellschaft e. V. Berlin Heft 68, Berlin 1981
- SCHWEINGRUBER EDWIN Kommentar zum Arbeitsvertrag des Schweizerischen Obligationenrechts, 2. Aufl. 1976
- SOMMERHALDER RUDOLF Die Rechtsstellung des Arbeitgebers in der AHV, Diss. Zürich 1958
- STAMM MARIE-LOUISE Das Weisungsrecht des Arbeitgebers und seine Schranken. Basler Studien zur Rechtswissenschaft Heft 109, 1977
- VON STEIGER WERNER Gesellschaftsrecht, in: Schweizerisches Privatrecht Bd. 8, 1. Halbbd., 1976
- STREIFF ULLIN Leitfaden zum neuen Arbeitsvertragsrecht, 3. Aufl. 1974
- STÜCKRADT VOLKER Rechtswirkungen eheähnlicher Verhältnisse, Diss. Frankfurt a. Main 1964

- VON TUHR ANDREAS/
PETER HANS
VON TUHR ANDREAS/
ESCHER ARNOLD
TUOR PETER
Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Bd. I, 1974/
1979
- VON TUHR ANDREAS/
ESCHER ARNOLD
TUOR PETER
Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Bd. II, 1974
Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Erbrecht, 2. Aufl.
1952
- TUOR PETER/
SCHNYDER BERNHARD
VISCHER FRANK
Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, 9. Aufl. 1975
- Der Arbeitsvertrag, in: Schweizerisches Privatrecht Bd. 7, 1. Halbbd.,
1977
- VON WATTENWYL
GÉRARD
WENNER MARTIN A.
Der Konkubinat im Strafrecht, Diss. Bern 1928
- Die Voraussetzungen des Anspruches aus ungerechtfertigter Bereiche-
rung unter besonderer Berücksichtigung des Problems der Subsidiari-
tät. Zürcher Beiträge zur Rechtswissenschaft Nr. 518, 1977
- WINZELER ARTUR
Die Haftung der Organe und der Kassenträger in der AHV, Diss. Zü-
rich 1952
- WULKAN ARTHUR
Die Beitragspflicht des Kollektivgesellschafters, Diss. Zürich 1973

Abkürzungsverzeichnis

ABI	Amtsblatt des Kantons St.Gallen
AHVG	Bundesgesetz über die Alters- und Hinterlassenenversicherung vom 20.12.1946
AVG	Bundesgesetz über die Arbeitslosenversicherung vom 22.6.1951
AVB	Bundesbeschluss über die Einführung der obligatorischen Arbeitslosenversicherung (Übergangsordnung) vom 8.10.1976
AVV	Verordnung über die Arbeitslosenversicherung vom 14.3.1977
Bd	Band
BGH	Bundesgerichtshof
BJM	Basler Juristische Mitteilungen
Ders.	Derselbe
DRiZ	Deutsche Richterzeitung
EG	Einführungsgesetz
EOG	Bundesgesetz über die Erwerbsersatzordnung für Wehr- und Zivilschutzpflichtige vom 25.9.1952
FamRZ	Zeitschrift für das gesamte Familienrecht
Hrsg.	Herausgeber
IVG	Bundesgesetz über die Invalidenversicherung vom 19.6.1959
JdT	Journal des Tribunaux
JuS	Juristische Schulung
JZ	Juristenzeitung
N	Note
NF	Neue Folge
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NZZ	Neue Zürcher Zeitung
Pr	Die Praxis des Bundesgerichtes
SJZ	Schweizerische Juristenzeitung
TA	Tagesanzeiger
ZBJV	Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins
ZR	Blätter für zürcherische Rechtsprechung
ZSR	Zeitschrift für schweizerisches Recht

1. Teil

1. Kapitel: Einführung

Dem Zusammenleben zweier unverheirateter Personen verschiedenen¹ Geschlechts, dem Konkubinat oder – nach der Terminologie dieser Arbeit – der eheähnlichen Gemeinschaft² haben die Gesetzgeber von der römischen Kaiserzeit bis heute eine unterschiedliche Beachtung geschenkt, die von den jeweils herrschenden philosophischen, religiösen, gesellschaftspolitischen und sozialetischen Vorstellungen abhing. Von der blossen Duldung bis zur Anerkennung als «Ehe minderen Rechtes», von der zivil- und strafrechtlichen Ignorierung bis zur vollständigen Pönalisierung hat das eheähnliche Zusammenleben die verschiedensten Formen rechtlicher Behandlung erfahren³.

Im Bereich des geltenden schweizerischen Bundeszivilrechts ist die eheähnliche Gemeinschaft gänzlich ignoriert worden⁴. Das heisst nun aber keineswegs, dass das Bundeszivilrecht für die immer öfters vorkommenden eheähnlichen Gemeinschaften ohne Bedeutung wäre. Das Gegenteil ist der Fall. So befürwortet z. B. GÖTZ ganz klar eine Beurteilung von Rechtsfragen aus eheähnlichen Verhältnissen nach Obligationenrecht⁵. Hauptgegenstand der vorliegenden Arbeit bildet denn auch die Anwendung des 10. Titels des Obligationenrechts über den Arbeitsvertrag auf Arbeitsleistungen zwischen zwei in eheähnlicher Gemeinschaft lebenden Personen.

Wie im Zivilrecht ist das eheähnliche Verhältnis auch im Bundesstrafrecht *nicht* geregelt, was die Frage aufwarf, ob dies als qualifiziertes Schweigen der eidgenössischen Strafgesetzgebung zu verstehen sei. Das Bundesgericht hat sie verneint und demzufolge die Kompetenz der Kantone

1 Im folgenden wird die Auffassung vertreten, dass unter dem Begriff der eheähnlichen Gemeinschaft auch gleichgeschlechtliche Gemeinschaften zu subsumieren sind, vgl. 2. Kap. bei N. 24.

2 Der Begriff des Konkubinats sollte nur im strafrechtlichen Bereich verwendet werden. Ihm haftet heute noch vielfach etwas Anrühiges, Anstössiges und gegen die öffentliche Ordnung Verstossendes an, was ja letztlich auch der Grund zur Pönalisierung in den verschiedenen Kantonen gewesen ist. Dementsprechend verwenden die meisten kantonalen Strafbestimmungen für den Tatbestand des Zusammenlebens zweier unverheirateter Personen den Begriff Konkubinat. Vgl. z. B. den Randtitel zu Art. 25 EG zum StGB des Kantons St. Gallen. Näheres zur Begriffsbildung siehe Kapitel 2.

3 Vgl. ausführlich zur geschichtlichen Entwicklung der eheähnlichen Gemeinschaft BAUMANN, S. 5ff; STÜCKRADT, S. 11ff; MAYER, S. 5ff; HANS-JÜRGEN BECKER, Die nichteheliche Lebensgemeinschaft in der Rechtsgeschichte, in Landwehr, S. 13ff; SCHLÜTER, S. 10ff.

4 HINDERLING, S. 15.

5 GÖTZ, N. 8 vor Art. 90 ZGB.

bejaht, das Konkubinat in ihrem Übertretungsstrafrecht unter Strafe zu stellen. Immerhin hielt das Bundesgericht fest, «dass die Grenzen, innerhalb welcher die aussereheliche Geschlechtsgemeinschaft Gegenstand der kantonalen Strafgesetzgebung bilden darf, vom Bundesrecht gezogen werden.»⁶ Als Folge davon haben die Kantone in strafrechtlicher Hinsicht den Begriff Konkubinat nach bundesrechtlichen Kriterien zu beurteilen. Strafbar ist das Konkubinat aber nur noch in 10 Kantonen. Das Konkubinat ist in 7 Kantonen *Offizialdelikt*⁷.

Antragsdelikt ist das Konkubinat in 3 Kantonen⁸.

In den Kantonen Baselland⁹, Zug¹⁰ und St.Gallen¹¹ sind ausserdem Motionen hängig, die eine Aufhebung des Konkubinatsverbotes fordern. Begründet werden diese parlamentarischen Vorstösse alle im wesentlichen damit, dass aufgrund gewandelter und gelockerter Moralvorstellungen die Zahl eheähnlicher Verhältnisse ständig zunehme und diese durch die Strafverfolgungsorgane im grossen und ganzen toleriert würden¹². Das führe zu einem Auseinanderklaffen von Rechtsnorm und Rechtswirklichkeit, was nur durch eine Aufhebung des Konkubinatsverbotes beseitigt werden könne. Dieses Anliegen der Motionäre wurde unverhofft der Öffentlichkeit eindrücklich vor Augen geführt, als im Mai 1979 im Kanton St.Gallen ein seit zwei Jahren zusammenlebendes Paar mit einem zweijährigen Kind ge-

6 BGE 71 IV 46ff, 71 IV 52ff.

7 Uri, Art. 15 EG zum StGB vom 4. Mai 1941; Schwyz, § 22 des Gesetzes über das Kantonale Strafrecht vom 13. Januar 1972; Glarus, Art. 15 des EG zum StGB vom 2. Mai 1965; Nidwalden, § 16 des Polizeistrafgesetzes vom 27. April 1941; St.Gallen, Art. 25 des EG zum StGB vom 24. März 1941; Baselland, § 66 des EG zum StGB vom 30. Oktober 1941; Zug, § 33 des Polizeistrafgesetzes für den Kanton Zug vom 7. November 1941.

8 Appenzell Ausserrhoden, Art. 47 des EG zum StGB vom 27. April 1941. In der ersten Lesung des neuen Gesetzes über das kantonale Strafrecht, welches das EG zum StGB ersetzen soll, wurde dieser Artikel jedoch gestrichen, vgl. St.Galler Tagblatt vom 10. November 1981. Appenzell Innerrhoden, Art. 29 der Übertretungen-Verordnung vom 24. November 1941; im Kanton Thurgau ist das Konkubinat in § 43 des EG zum ZGB vom 25. April 1911 verboten.

9 Motion H.R. Bass vom 6. November 1975.

10 Motion U. Th. Hürlimann vom 21. Oktober 1976, welcher entsprechend der Zuger Regierungsrat in der Folge in seinem Entwurf zu einer Totalrevision des Polizeistrafgesetzes auf das Konkubinatsverbot verzichtet hat, da es nicht mehr zeitgemäss, seit 15 Jahren nicht mehr angewendet worden sei und das Konkubinat von der Mehrheit der Schweizer und Schweizerinnen ohnehin gebilligt werde, NZZ 1980 Nr. 68.

11 Motion G. Noto und L. Straessle. Auf eine Motion Bernhard mit gleichem Ziel war der Grosse Rat des Kantons St.Gallen am 24. November 1975 nicht eingetreten, ABl 1975, 1548. Die Motion Noto wurde vom Grossen Rat des Kantons St.Gallen am 26. Juni 1979 wider den Antrag des Regierungsrates nicht erheblich erklärt. Wohl aber diejenige von Straessle, welche die Revision des Einführungsgesetzes zum StGB bezweckt. Im Rahmen dieser Revisionsarbeiten soll das Konkubinatsverbot erneut zur Diskussion gestellt werden.

12 Auch der Familienbericht konstatiert eine offenere und grosszügigere Einstellung gegenüber Paaren ohne Trauschein, S. 37. Vgl. dazu auch u. 3. Kap. bei N 34.

stützt auf Art. 25 EG zum StGB gebüsst worden ist. Der Fall ist in der Presse auf grosses Echo gestossen und erregte dann ein zweites Mal Aufsehen, als das Paar am 30. April 1980 durch das Bezirksgericht Wil von der Anklage des Konkubinales freigesprochen wurde¹³.

So spektakulär der strafrechtliche Aspekt von eheähnlichen Verhältnissen für die Öffentlichkeit auch sein mag, für die Strafverfolgungsbehörden und Gerichte hat er jedenfalls mehr und mehr an Bedeutung verloren. Aufgrund der erwähnten Bestrebungen zur Aufhebung der noch bestehenden Konkubinatsverbote werden diesbezügliche Strafurteile und Trennungsbefehle in absehbarer Zeit denn auch bald der Vergangenheit angehören.

Ganz anders verhält es sich nun mit der Beurteilung von zivilrechtlichen Ansprüchen zwischen zwei Partnern einer eheähnlichen Gemeinschaft. Im Jahre 1947 hatte das Bundesgericht erstmals die Gültigkeit einer letztwilligen Verfügung eines Erblassers zugunsten seiner mit ihm in eheähnlicher Gemeinschaft lebenden Partnerin zu beurteilen¹⁴ und in der folgenden Zeit eine gefestigte Praxis zu dieser Frage entwickelt, auf die noch zurückzukommen sein wird¹⁵.

Schon viel früher, nämlich bereits im Jahre 1894, hatte das Bundesgericht über die Gültigkeit, insbesondere die Sittenwidrigkeit einer Entgeltzusage für die von einer «Mätresse» geleisteten Arbeit zu befinden. Die Zulässigkeit und grundsätzliche Möglichkeit einer solchen Abrede wurde damals bejaht¹⁶. In einem weiteren Fall, ebenfalls arbeitsrechtlicher Natur, schützte das Bundesgericht die Klage einer Frau, die während vier Jahren, ohne einen Lohn zu beziehen, die Büroarbeiten im Geschäft des mit ihr in eheähnlicher Gemeinschaft lebenden Partners besorgt hatte. Begründet wurde der Entscheid im wesentlichen damit, dass in Anwendung von Art. 320 Abs. 2 OR grundsätzlich anzunehmen sei, dass die Arbeit nicht unentgeltlich geleistet worden sei. Die Frau als Partnerin einer eheähnlichen Gemeinschaft finde nach deren Beendigung keine Gegenleistung für ihre Arbeit in Form einer Beteiligung am Vorschlag, wie dies im Rahmen einer Ehe der Fall wäre. Ausserdem besitze sie auch keine erbrechtliche Anwart-

13 TA Nr. 101 1980/Nr. 22 1981; St. Galler Tagblatt vom 19. 5. 1979, 2. 5. 1980, 28. 1. 1981. Dieses freisprechende Urteil wurde von der Staatsanwaltschaft des Kantons St. Gallen an das Kantonsgericht St. Gallen weitergezogen, welches mit Beschluss vom 27. Januar 1981 auf die Berufung nicht eintrat. Eine gegen diesen Beschluss eingereichte Nichtigkeitsbeschwerde wurde vom Kassationsgericht am 8. 6. 1981 geschützt. In der darauf folgenden Berufungsverhandlung wurde das Paar am 4. November 1981 auch in zweiter Instanz freigesprochen, TA Nr. 258 1981.

14 BGE 73 II 15.

15 BGE 85 II 378, 93 II 165, 94 II 5, vgl. u. 3. Kap. II.

16 BGE 20 Nr. 150, S. 998.

schaft¹⁷. Von dieser Praxis wich das Bundesgericht jedoch im Jahre 1961 wieder ab und verneinte den Lohnanspruch, den ein Gipser-Maler für die Mitarbeit im Café seiner Partnerin gegen ihre Erben geltend gemacht hatte. Das Gericht stützte seinen Entscheid ebenfalls auf Art. 320 Abs. 2 OR. Nur wurden diesmal die bestehende eheähnliche Gemeinschaft zwischen den Parteien und die damit verbundenen engen persönlichen Beziehungen als Umstand dafür gewertet, dass der Kläger keinen Lohn erwartet habe¹⁸. Diese in der Literatur auf Kritik gestossene Rechtsprechung¹⁹ soll in der vorliegenden Arbeit ebenfalls näher erörtert werden²⁰. Ein Ziel der Arbeit ist es im übrigen, einen Beitrag zur Klärung der Probleme zu liefern, die in der Praxis entstehen, wenn die oft beträchtlichen Forderungen für gegenseitige Arbeitsleistungen im Rahmen einer eheähnlichen Gemeinschaft beurteilt werden müssen.

2. Kapitel: Begriff und Definition

I. Einleitung

Vereinzelt wird es abgelehnt, die eheähnliche Lebensgemeinschaft einheitlich zu definieren, da sie keinen einheitlichen Tatbestand bilde und auch die Rechtsfolgen, welche an den Tatbestand angeknüpft werden könnten, unklar seien¹.

Diese Einwände sind an und für sich richtig. In der vorliegenden Arbeit soll aber dennoch der Versuch einer Definition gewagt werden, um erstens dem Begriff «eheähnliche Gemeinschaft» einen – wenn auch von persönlichen Auffassungen geprägten – genau umrissenen Inhalt zu geben und zweitens eine Abgrenzung von Partnerschaftsformen vornehmen zu können, die unter den Begriff «eheähnlich» nicht zu subsumieren sind. Keinesfalls darf aus der nachfolgenden Definition aber der Schluss gezogen

17 BGE 79 II 168 = Pr 42 Nr. 134.

18 BGE 87 II 165 = Pr 50 Nr. 139.

19 VISCHER, S. 330; MERZ in ZBJV 98 (1962), S. 471ff; HEINZ HAUSHEER, Die privatrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichtes 1978, in ZBJV 116 (1980), S. 99ff.

20 Vgl. u. 4. Kap. III. 26.

¹ DIETER SCHWAB, Zivilrecht und nichteheliche Lebensgemeinschaft, in Landwehr, S. 62; EUGEN DIETRICH GRAUE, Die nichteheliche Lebensgemeinschaft aus rechtsvergleichender Sicht, in Landwehr, S. 107; HANS-WOLFGANG STRÄTZ, Rechtsfragen des Konkubinales im Überblick, FamRZ 1980, S. 301ff; IRENE FAHRENHORST, Familie in einer sich wandelnden Gesellschaft, FamRZ 1980, S. 442. FRANZISKA-SOPHIE EVANS-VON KRBEK, Das «Zusammenleben und sein Verhältnis zur Verlobung und Ehe», JA 1979, S. 236, verwendet den im anglo-amerikanischen Sprachbereich üblichen Ausdruck «cohabitation». Ausführlich zu dieser Frage auch PETER FINGER, Wohngemeinschaft, Partnerschaft, Lebensgemeinschaft, JZ 1981, S. 497–510, 497f.

werden, dass die Ergebnisse dieser Arbeit nur auf Gemeinschaften im definierten Sinne anwendbar wären. Vielmehr ist es ohne weiteres möglich, dass bestimmte Lösungen auch zur Klärung von Fragen in eheähnlichen Gemeinschaften dienen können. Die hauptsächliche Schwierigkeit bei der Beurteilung von eheähnlichen Lebensgemeinschaften liegt ja gerade darin, dass sie eine ausserrechtliche soziale Erscheinungsform ist, die im Gegensatz zur Ehe als Rechtsinstitut weder von Gesetz noch Rechtsprechung geregelt ist. Daran kann und will auch diese Arbeit nichts ändern. Sie will nur Anhaltspunkte für die Klärung von Fragen arbeitsrechtlicher Natur im Rahmen einer eheähnlichen Gemeinschaft geben. Denn es scheint überhaupt fragwürdig, die Lebensverhältnisse von Menschen, die eine vorgegebene Regelung eben dieser Verhältnisse durch Verzicht auf die Ehe abgelehnt haben, durch die Hintertüre eines vom Gesetzgeber geschaffenen Instituts «eheähnliche Lebensgemeinschaft» doch wieder verrechtlichen zu wollen².

II. *Definition in Anlehnung an das Wesen der Ehe*

Das Bundesgericht³ umschrieb den Begriff Konkubinat als ein Zusammenleben wie Eheleute⁴. In einem wenige Tage später folgenden, bestätigenden Entscheid definierte das Gericht das Konkubinat kurz und prägnant als aussereheliche Geschlechts- und Wohngemeinschaft⁵.

Auch diejenigen Kantone, die das Konkubinatsverbot noch kennen, verstehen in ihren Gesetzen unter dem Begriff Konkubinat die aussereheliche Wohn- und Geschlechtsgemeinschaft⁶.

Mit dieser strafrechtlichen Begriffsumschreibung ist gewissermassen die äussere Erscheinungsform einer eheähnlichen Gemeinschaft erfasst. Dieser strafrechtliche Begriff bedarf nun der Erläuterung und Erweiterung, um für die Beurteilung eines Konkubinates in zivilrechtlicher Hinsicht eine taugliche Grundlage abzugeben.

Wesentliches Element der Definition des Konkubinates durch das Bundesgericht und verschiedene kantonale Gerichte ist im weiteren die Ehe-

2 Näheres dazu bei GRAUE in Landwehr, S. 127; Diskussion in Landwehr, S. 154; ebenso SCHLÜTER, S. 9, 17f, 39f; FINGER, JZ 1981, S. 507, 510.

3 BGE 71 IV 48ff.

4 Voraussetzung für die Strafwürdigkeit einer solchen Verbindung und damit für die Zuständigkeit des kantonalen Übertretungsstrafrechtes ist eine Verletzung der öffentlichen Ordnung, d.h. die Erregung öffentlichen Ärgernisses. Für die zivilrechtliche Begriffsbildung ist das Element der Verletzung der öffentlichen Ordnung jedoch ohne Bedeutung.

5 BGE 71 IV 53. Dabei stellte es an die Wohngemeinschaft nicht allzu strenge Anforderungen: Es genügt, wenn zwei Personen sich so nah beieinander eingerichtet haben, dass sie nach der öffentlichen Meinung in ein und derselben Wohnung leben.

6 Für die Strafbarkeit wird der Begriff jedoch bundesrechtlich abgegrenzt.

ähnlichkeit des Zusammenlebens von Mann und Frau, d.h. eine Gemeinschaft von Tisch und Bett, ein Zusammenleben von Mann und Frau in den Formen des ehelichen Lebens, aber ohne die mit der Trauung erteilte staatliche Anerkennung⁷. Es ist also ohne weiteres davon auszugehen, dass eine eheähnliche Gemeinschaft wie eine Ehe durch relative Dauerhaftigkeit, Intensität, emotionale Verbundenheit und Anteilnahme am Schicksal des Partners geprägt ist, wobei die Partner sich als Schicksalsgemeinschaft empfinden⁸. Damit unterscheidet sich die eheähnliche Gemeinschaft von der Ehe im wesentlichen nur noch durch das Fehlen des formellen Eheschlusses, d.h. der Mitwirkung des Staates⁹.

Die eheähnliche Gemeinschaft entsteht somit bereits durch eine formlose Willenseinigung und die Herstellung der tatsächlichen Lebensgemeinschaft¹⁰. Dieser formlosen Begründungsmöglichkeit einer eheähnlichen Gemeinschaft entspricht die ebenfalls – im Gegensatz zur Ehe – formlose Auflösbarkeit des Verhältnisses¹¹. Dabei versteht es sich von selbst, dass diese Auflösung jedem der Beteiligten ohne Angabe von Gründen und jederzeit offenstehen muss¹². Es ist dies die unmittelbare Folge davon, dass die Partner einer eheähnlichen Gemeinschaft eine von der Rechtsordnung nicht anerkannte Lebensform gewählt haben. Sie haben ihre Beziehung in einen «rechtsleeren Raum» gestellt und damit das Risiko einer jederzeitigen Beendigung bewusst auf sich genommen, das bei der Ehe durch deren gesetzliche Ordnung¹³ ausgeschlossen ist¹⁴.

Trotzdem wird man aber aufgrund des eheähnlichen Charakters der Lebensgemeinschaft grundsätzlich annehmen können, dass sie mit der Hoffnung auf Dauer¹⁵ eingegangen worden ist¹⁶.

Von wenigen Ausnahmen abgesehen¹⁷ hat die einschlägige Literatur bisher die eheähnliche Gemeinschaft im wesentlichen als eine auf Dauer

7 Zürcher Obergericht, SJZ Bd 34 (1938) S. 313 Nr. 253; Berner Strafkammer, SJZ Bd 34 (1938) S. 90 Nr. 64; Zürcher Obergericht, SJZ Bd 17 (1921) S. 362 Nr. 279; Hausheer, ZBJV 116 (1980) S. 99 mit weiteren Nachweisen.

8 KUNIG, S. 15.

9 EGGER, Eherecht, N. 4 vor Art. 90 ZGB; KOSSENDEY, S. 5ff, v.a. S. 32ff; OHLENBURGER-BAUER, S. 2; BAUMANN, S. 40ff; TRAUGOTT KOCH, Ehe und «Nichteheliche Lebensgemeinschaft» als Thema der Ethik, in Landwehr, S. 50; KLRR, S. 5; a.M. STRÄTZ, FamRZ 1980, S. 303, der einen fundamentalen Unterschied zwischen Ehe und Konkubinat darin sieht, dass jene auf Lebenszeit angelegt ist.

10 BAUMANN, S. 41.

11 KOSSENDEY, S. 6.

12 BAUMANN, S. 43.

13 EGGER, Eherecht, N. 10. vor Art. 137 ZGB.

14 STÜCKRADT, S. 3, 41; KUNIG, S. 34ff; STRÄTZ, FamRZ 1980, S. 303, S. 434.

15 OHLENBURGER-BAUER, S. 3.

16 BAUMANN, S. 43; STÜCKRADT, S. 2.

17 Vgl. u. 2. Kap. bei N. 23.

gerichtete Lebens- und Geschlechtsgemeinschaft zweier Personen verschiedenen Geschlechts im gemeinsamen Haushalte und unter dem nämlichen Dach definiert, welche im Gegensatz zur Ehe formlos begründet und formlos aufgelöst werden kann¹⁸. Damit ist auch gleichzeitig die Abgrenzung zu sämtlichen Formen ausserehelicher Geschlechtsbeziehungen gezogen, denen der Charakter einer «umfassenden leiblich-geistigen Gemeinschaft»¹⁹ abgeht und die nur der Befriedigung sexueller Bedürfnisse dienen.

III. Kritik an der bisherigen Definition

Die Definition der eheähnlichen Gemeinschaft in Anlehnung an das Institut der Ehe, die rechtlich nur als heterosexuelles Verhältnis möglich ist, brachte es zwangsläufig mit sich, dass darunter immer nur das Verhältnis zweier Personen verschiedenen Geschlechts verstanden wurde. BAUMANN hat den Gedanken an ein «homosexuelles Konkubinat» mit dem Hinweis gerade auf die fehlende Eheähnlichkeit einer solchen Lebensverbindung abgelehnt²⁰. Diese Begründung stellt vor allem auf die äussere Erscheinungsform der Ehe als Zusammenleben von einer Frau und einem Mann ab. Eine solche Betrachtungsweise erscheint jedoch als einseitig und unvollständig. Beurteilt man nämlich die Ehe in erster Linie vom *Inhalt* her als «auf gegenseitiger Liebe und Achtung beruhende innigste dauernde Lebensgemeinschaft»²¹ und nicht nur als einzige von der Rechtsordnung akzeptierte und althergebrachte *Form* der Lebens- und Geschlechtsgemeinschaft von Mann und Frau, so ist nicht einzusehen, wieso diese der Ehe zugrundeliegende Idee nicht auch in einer homosexuellen Lebensgemeinschaft verwirklicht werden könnte. Gerade der Umstand, dass es für zwei Menschen gleichen Geschlechts unmöglich ist, eine Ehe im rechtlichen Sinne einzugehen, zwingt sie, in einem eheähnlichen Verhältnis so zu leben, wie es – mit Ausnahme des heterosexuellen Elementes – bereits definiert worden ist²². Diese Tatsache nun rechtfertigt es zweifellos, auch diese Lebensgemeinschaft unter den Begriff der eheähnlichen Gemeinschaft zu subsumieren, falls das Verhältnis im übrigen den Anforderungen an eine eheähnliche Gemeinschaft entspricht²³. Dieser Überlegung gemäss ist die bisherige, einge-

18 BAUMANN, S. 46; KOSSENDEY, S. 8; KOCH, in Landwehr, S. 40; INGO VON MÜNCH, Verfassungsrecht und nichteheliche Lebensgemeinschaft, in Landwehr, S. 138ff; Diskussion in Landwehr, S. 152, KURR, S. 52.

19 EGGER, Eherecht, N. 1 vor Art. 90 ZGB.

20 BAUMANN, S. 35; 42, N. 158.

21 EGGER, Eherecht, N. 1 vor Art. 90 ZGB.

22 Vgl. o. 2. Kap. bei N. 18; SCHLÜTER, S. 6.

23 KUNIGK, S. 15, 36 und v.a. S. 98, wo die Anwendung eherechtlicher Grundsätze bezüglich der Auseinandersetzung auf eine gleichgeschlechtliche eheähnliche Gemeinschaft als denkbar angesehen wird. So werden auch vom dänischen Entwurf für ein Gesetz über Lebensgemeinschaften auf Dauer und ihre Auflösung gleichgeschlechtliche Beziehungen ausdrücklich erfasst; GRAUE in Landwehr, S. 128.

schränkte Definition dahingehend zu erweitern, dass unter einer eheähnlichen Gemeinschaft die auf Dauer gerichtete Lebens- und Geschlechtsgemeinschaft zweier Personen verschiedenen *oder* gleichen Geschlechts im gemeinsamen Haushalte und unter dem nämlichen Dache verstanden wird, welche formlos begründet und aufgelöst werden kann²⁴.

Diese Erweiterung der Definition ist auch unter strafrechtlichen Aspekten ohne weiteres möglich, sind doch gleichgeschlechtliche Beziehungen unter Erwachsenen grundsätzlich nicht mehr mit Strafe bedroht²⁵.

3. Kapitel: Zum Problem der Sittenwidrigkeit einer eheähnlichen Gemeinschaft

1. Die Bedeutung des Problems

Die deutsche höchstrichterliche Rechtsprechung prüfte die Sittenwidrigkeit von Zuwendungen zwischen den Partnern einer eheähnlichen Gemeinschaft über Jahrzehnte hinweg unter zwei Gesichtspunkten. Einerseits konnte eine solche Zuwendung wegen des ihr zugrunde liegenden Motivs subjektiv unsittlich sein, was dann angenommen wurde, wenn festgestellt worden war, dass die Zuwendung ihr bestimmendes Motiv vorwiegend im sexuellen Bereich finde. Andererseits wurde eine Zuwendung als objektiver Sittenverstoss beurteilt, wenn ihre materiellen und ideellen Auswirkungen den benachteiligten nahen Angehörigen nicht zugemutet werden konnten. Der Bundesgerichtshof hielt bis 1970 an diesen Grundsätzen bei der Beurteilung von Geliebtentestamenten und damit wirtschaftlich vergleichbaren Rechtsgeschäften unter Lebenden fest. Das Gericht sah gestützt auf die Lebenserfahrung das ausschlaggebende Motiv für die Zuwendung regelmässig im geschlechtlichen Bereich. Die Beweislast wurde damit der bedachten Geliebten auferlegt, welche im Rechtsstreit gegen die eheliche Familie be-

24 Angesichts der Unmöglichkeit der Eingehung einer Ehe durch gleichgeschlechtliche Partner erscheint die bisherige Gegenüberstellung zur Ehe bezüglich der Form in der Definition als überflüssig. Materiell wird dadurch an der Definition nichts geändert. Sie schliesst es selbstverständlich auch nicht aus, dass zwei Partner ihre Gemeinschaft, v.a. im Hinblick auf die vermögensrechtlichen Beziehungen, trotzdem in schriftlicher Form regeln.

25 Zum einen ist unter Unmündigen, aber mehr als 16 Jahre alten Personen Homosexualität nur noch strafbar, wenn die qualifizierten Voraussetzungen des Art. 194 StGB gegeben sind. Beim Vorliegen dieser qualifizierenden Umstände wird aber kaum von einer eheähnlichen Gemeinschaft gesprochen werden können. Zum andern dürfen die Kantone solche gleichgeschlechtlichen Beziehungen gemäss BGE 81 IV 126 nicht mehr unter Strafe stellen. Von den noch bestehenden Konkubinatsverboten werden sie begrifflich nicht erfasst.

weisen musste, dass ihr Partner aus achtenswerten Motiven gehandelt habe, wie z. B. aus menschlicher Verbundenheit oder Dankbarkeit¹.

Eine Wende trat erst mit dem Beschluss des Bundesgerichtshofes vom 31. März 1970² ein. Erstmals wurde darin nicht mit der Lebenserfahrung argumentiert und die Beweislast zugunsten der Geliebten verlegt, indem die übergangenen Angehörigen zu beweisen hatten, dass der Erblasser aus unsittlichen Motiven gehandelt habe³. Diese Rechtsprechung darf insofern als Erfolg bezeichnet werden, als sie anerkennt, dass sich in einer eheähnlichen Gemeinschaft die Beziehungen in aller Regel nicht im Sexualbereich erschöpfen und somit eine eheähnliche Gemeinschaft nicht zum vorneherein als unsittlich qualifiziert wird. Es darf aber nicht vergessen werden, dass weiterhin die Möglichkeit besteht, Zuwendungen als objektiv unsittlich zu beurteilen⁴. Die im Beschluss vom 31.3.1970 entwickelten Grundsätze zum Geliebtentestament werden entsprechend auch auf Rechtsgeschäfte unter Lebenden angewendet⁵.

Nachdem nun zwischen den Partnern einer eheähnlichen Gemeinschaft Rechtsgeschäfte verschiedenster Art – Miet- und Kaufverträge, Schenkungen, letztwillige Verfügungen, Arbeitsverträge etc. – abgewickelt werden, ist zu untersuchen, ob das schweizerische Recht die eheähnliche Gemeinschaft als solche als unsittlich qualifiziert. Ist diese Frage zu bejahen, muss untersucht werden, ob dies auch die Nichtigkeit von Rechtsgeschäften zwischen den Partnern einer eheähnlichen Gemeinschaft zur Folge hat.

II. *Lösungsversuch auf der Grundlage der Rechtsprechung des Bundesgerichtes*

Wie bereits ausgeführt⁶, hatte das Bundesgericht verschiedentlich die Gültigkeit von einerseits letztwilligen Verfügungen und andererseits Entgeltzusagen für geleistete Arbeit zwischen Partnern einer eheähnlichen Gemeinschaft unter dem Gesichtspunkt des Verstosses gegen die guten Sitten zu beurteilen. Je nach den Umständen des konkreten Falles wurde einmal

1 DEUERLER, S. 217ff.

2 BGH FamRZ 1970, S. 368ff.

3 DEUERLER, S. 257

4 DEUERLER, S. 237ff., 257, deckt denn auch aufgrund der Analyse von nach dem Beschluss vom 31. März 1970 ergangenen Urteilen des BGH eine Tendenz des Gerichtes auf, den objektiven Kriterien den Vorzug zu geben. Dies führt letztlich dazu, dass ein objektiv sittenwidriges Geschäft nicht gerettet wird, auch wenn es auf achtenswerten Beweggründen ruht. Zustimmung FINGER, JZ 1981, S. 500.

5 BGH FamRZ 1970, S. 371.

6 Vgl. o. I. Kap. bei N. 16–18.

das fragliche Rechtsgeschäft als unsittlich, ein andermal als nicht unsittlich beurteilt. Es soll deshalb im folgenden diese Rechtsprechung einer näheren Betrachtung unterzogen und versucht werden, Rückschlüsse auf den sittlichen Charakter der eheähnlichen Gemeinschaft zu ziehen.

1. *Die Rechtsprechung des Bundesgerichtes zum sogenannten Mätresentestament⁷*

a) *Die einzelnen Entscheidungen*

In BGE 73 II 15 stand der Fall zur Beurteilung, dass eine verwitwete Erblasserin einen verheirateten, aber gerichtlich getrennt lebenden Mann, der regelmässig ein- bis zweimal pro Monat bei ihr logierte, letztwillig bedacht hatte. Im Testament wurde der Mann als «geliebter zukünftiger Gatte» und «Verlobter» bezeichnet. Das Testament wurde von den Erben als unsittlich im Sinne von Art. 519 Ziff. 3 ZGB angefochten.

Das Testament war von der Vorinstanz als rechtswidrig oder mindestens sittenwidrig bezeichnet worden, da die Erblasserin, die sich mit dem Beklagten in Kenntnis seines Zivilstandes verlobt habe, es aus einem wenn nicht ehebrecherischen, so doch auf alle Fälle stark ehewidrigen und gegen die guten Sitten verstossenden Verhältnis heraus errichtet habe.

Auch das Bundesgericht qualifizierte ein Verlöbnis, eingegangen in der Meinung, dass der eine Partner zunächst die Lösung seiner bestehenden Ehe betreiben solle, als mit der Treuepflicht und den guten Sitten im Widerspruch stehend und daher nichtig. Dass die Erblasserin dem Beklagten im Hinblick auf sein Versprechen, sie nach erwirkter Scheidung zu heiraten, bedacht hatte, genügte jedoch nicht, um das Testament als unsittlich erscheinen zu lassen, da nur wegen ihres Beweggrundes der Inhalt einer letztwilligen Verfügung nicht als unsittlich oder rechtswidrig gelten könne. Vielmehr sei dazu erforderlich, dass die im Testament vorgesehene Leistung als solche unsittlich oder rechtswidrig ist oder dass der Erblasser mit der Verfügung einen rechtswidrigen oder unsittlichen Erfolg bezweckte oder wenigstens voraussah und billigte. In Anwendung dieser Grundsätze und unter Berücksichtigung der Tatsache, dass zwischen der Erblasserin und dem Beklagten kein Geschlechtsverkehr und damit Ehebruch nachgewiesen worden ist, gelangte das Bundesgericht zur Auffassung, dass das Testament nicht eine Art pretium stupri darstelle. Es lagen auch keine Anhaltspunkte dafür vor, dass

7 F. HASENBÖHLER, Die sittenwidrige Verfügung von Todes wegen, BJM 1980 S. 1–21, gibt einen guten Überblick über den Stand der höchstrichterlichen Rechtsprechung in der BRD und in der Schweiz zu diesem Thema.

das Testament als Belohnung für das ehewidrige Verhältnis und die Verlobung mit der Erblasserin betrachtet werden könne. Das fragliche Testament hätte deshalb nur noch dann wegen rechts- oder sittenwidrigen Inhaltes ungültig sein können, wenn die Erblasserin damit den Beklagten zur Lösung seiner bestehenden Ehe oder wenigstens zur Fortführung des ehewidrigen Verhältnisses hätte bestimmen wollen oder wenn sie auch nur damit rechnen musste und es in Kauf nahm, dass ihre Verfügung diesen Erfolg habe oder zu diesem Erfolg beitragen würde. Eine solche von Recht und Sitte verpönte Beeinflussung wäre aber nur dann anzunehmen gewesen, wenn die Erblasserin dem Beklagten von ihrer Verfügung und ihrem wesentlichen Inhalt vor oder auch erst nach ihrer Errichtung Kenntnis gegeben hätte. In einem solchen Falle wäre das Testament ohne Zweifel geeignet gewesen, den Beklagten noch stärker an die Erblasserin zu ketten. Andernfalls hätte das Testament auf seine Entschliessung keine Wirkung ausüben können⁸.

Diese Rechtsprechung bestätigte das Bundesgericht in BGE 85 II 378⁹. Im Unterschied zum ersten Fall hatte hier der verheiratete Erblasser mit der Begünstigten eine ehebrecherische, eheähnliche Gemeinschaft während 9 Jahren unterhalten, in deren Verlauf die «Mätresse nach und nach die Gefährtin und dann die Krankenpflegerin eines Greises wurde, der seit längerer Zeit unheilbar krank war». Wegen der aufmerksamen und hingebenden Pflege, die wahrscheinlich in den Augen des Erblassers von Tag zu Tag wichtiger geworden sei als die geschlechtlichen Beziehungen, qualifizierte das Bundesgericht das Testament des Erblassers als nicht unsittlich.

Die Unsittlichkeit der letztwilligen Verfügung wurde nämlich in diesem Falle trotz Vorliegens einer eheähnlichen und sogar ehebrecherischen Gemeinschaft verneint, weil Anlass und Zweck der Verfügung nicht die Belohnung der Fortführung geschlechtlicher Beziehungen war, sondern die Belohnung der Beklagten für die Pflege und den seelischen Halt, den sie dem Erblasser gewährt hatte.

Dieses Motiv betrachtete das Bundesgericht als nach allgemeiner Ansicht ehrenhaft, ja sogar als moralische Pflicht, indem der Erblasser die Zukunft der Beklagten, die er an sein Schicksal gebunden hatte, ohne zu heiraten, und die ihn glücklich gemacht hatte, materiell einigermassen zu sichern verpflichtet war¹⁰.

8 Der Entscheid fand auch Zustimmung bei TUOR, Erbrecht, N. 3 zu Art. 519 ZGB; ESCHER, N. 5c zu Art. 509 ZGB; PIOTET, S. 90f.

9 Pr 49 Nr. 31.

10 Dieser Entscheid wurde von HANS MERZ, Die privatrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichtes 1961 in: ZBJV 96 (1960) S. 412 zu Recht als abgewogen und lebensnah bezeichnet.

In BGE 93 II 165¹¹ hielt das Bundesgericht an seiner Rechtsprechung fest und beurteilte ein Testament, worin ein lediger Erblasser, der mit seiner verheirateten Geliebten ein ehebrecherisches Verhältnis, aber keine eheähnliche Gemeinschaft unterhielt und jene bedacht hatte, als unsittlich, weil es wegen der ehewidrigen Beziehungen errichtet worden sei. Ausserdem seien die Zuwendungen aus der Absicht heraus erfolgt, die Beklagte zur Fortsetzung der ehewidrigen Beziehungen mit dem Erblasser zu bestimmen.

In einem letzten Fall¹² prüfte das Bundesgericht das Testament eines Archimandriten, der darin seine Haushälterin bedacht hatte, die ihm 50 Jahre lang den Haushalt geführt, mit der er jedoch nicht in eheähnlicher Gemeinschaft gelebt hatte. Das Testament wurde als nicht unsittlich befunden, weil es in der Schweiz häufig vorkomme und gemeinhin als zulässig gelte, dass ein Geistlicher, der zum Zölibat verpflichtet sei, mit seiner Haushälterin unter dem gleichen Dach lebe.

b) *Ergebnis*

Das Bundesgericht erachtet eine letztwillige Verfügung in zwei Fällen als unsittlich. Einerseits kann die vorgesehene Zuwendung unsittlich sein, weil sie als Lohn für die geschlechtliche Hingabe zu qualifizieren ist. Andererseits ist die Zuwendung unsittlich, wenn der Erblasser damit einen unsittlichen Erfolg bezweckte oder einen solchen Erfolg wenigstens vorausah und billigte.

Nach schweizerischer und deutscher Rechtsauffassung ist die *Belohnung* für die geschlechtliche Hingabe sittenwidrig¹³. Auch als Belohnung dafür, dass der Bedachte seine bestehende Ehe auflöst, wäre eine letztwillige Verfügung gemäss BGE 73 II 18 unsittlich. Die Begründung dafür ist darin zu finden, dass die belohnte Handlung selber als unsittlich betrachtet wird. Im Fall BGE 85 II 378 wurde die letztwillige Zuwendung, die als Belohnung für die Aufrechterhaltung einer eheähnlichen Gemeinschaft ausgerichtet worden war, vom Bundesgericht als nicht nur nicht unsittlich, sondern geradezu als moralische Pflicht zur Sicherstellung der Lebenspartnerin beurteilt¹⁴. Dieser Entscheid lässt den Rückschluss zu, dass das Bundesgericht eine eheähnliche Gemeinschaft – «das Zusammenleben von Mann und

11 Pr 57Nr. 6.

12 BGE 94 II 5 = Pr 57Nr. 113.

13 VON TUHR/PETER Bd I/2, S. 256; GAUCH/SCHLUEP/JÄGGI Bd I N. 342, 346; EGGER, Personenrecht, N. 31 zu Art. 27 ZGB; OSER/SCHÖNENBERGER, N. 45 zu Art. 20 OR; ZR 78 (1979) Nr. 59. Für die deutsche Literatur und Rechtsprechung vgl. KOSSENDEY S. 40ff. KOSSENDEY sieht in der Hingabe gegen Entgelt eine Verletzung der Menschenwürde, indem dadurch der Verpflichtete zum Objekt, zu einem blossen Mittel, zur vertretbaren Grösse herabgewürdigt wird; S. 35, 41. Ebenso DEUERLER, S. 249ff.

14 Gl. M. EGGER, Eherecht, N. 4 zu Art. 90 ZGB und BAUMANN, S. 69. Ebenso STRÄTZ, FamRZ 1980, S. 435.

Frau»¹⁵ – als grundsätzlich nicht gegen die guten Sitten verstossend betrachtet. Dies erscheint umso bemerkenswerter, als im beurteilten Fall die eheähnliche Gemeinschaft eine ehebrecherische war. Die Erklärung dafür kann nur sein, dass das Bundesgericht richtigerweise nicht die sexuellen Beziehungen zwischen Erblasser und Bedachter in den Vordergrund stellte, sondern das Gewicht auf die Eheähnlichkeit ihrer Gemeinschaft im eingangs definierten, positiven Sinn legte¹⁶.

Ein unsittlicher *Zweck* eines Testamentes liegt dort vor, wo die Erblasserin den Bedachten zur Verlobung mit ihr und zur Lösung seiner Ehe oder wenigstens zur Fortführung des ehewidrigen Verhältnisses mit ihr bestimmen wollte¹⁷. In BGE 85 II 378 erblickte das Bundesgericht im Leben in einer eheähnlichen Gemeinschaft mit ehebrecherischen Beziehungen jedenfalls keinen solchen unsittlichen Erfolg, was wiederum darauf schliessen lässt, dass das Bundesgericht eine eheähnliche Gemeinschaft an sich nicht als sittenwidrig bzw. als sittenwidrigen Zweck betrachtet.

Hierzu bleibt anzufügen, dass ausser dem Willen des Erblassers, einen unsittlichen Erfolg erreichen zu wollen, es noch erforderlich ist, dass seine Zuwendung ihm auch zu diesem Erfolg verhelfen konnte. Dies wäre nur möglich, wenn der Bedachte von der Verfügung und ihrem wesentlichen Inhalt vor oder nach ihrer Errichtung Kenntnis erhält. Daraus ist ersichtlich, dass das Bundesgericht in erster Linie die Beeinflussung, die beim Bedachten erreicht werden soll, und erst in zweiter Linie die auf diese Beeinflussung folgende Ausführungshandlung, z. B. ein ehewidriges Verhältnis, als unsittlich betrachtet¹⁸.

Zusammengefasst lassen sich aus der Rechtsprechung des Bundesgerichtes zum sogenannten «Mätressentestament» folgende Schlüsse ziehen:

– Sofern eine letztwillige Verfügung den Bedachten zur Fortführung eines ehewidrigen Verhältnisses veranlassen oder dafür belohnen will, ist sie un-

15 BGE 85 II 378.

16 Im Urteil wird dies mit den Worten festgehalten, dass der Erblasser sich geradezu moralisch verpflichtet fühlen musste, die Zukunft seiner Freundin, die ihn «glücklich gemacht hatte», zu sichern, und dass er sie für «den seelischen Halt belohnen wollte, den sie ihm in seinen alten Tagen bot».

In gleicher Weise äusserte sich das Zürcher Obergericht, indem die Nichtigkeit einer Verfügung von Todes wegen nur mit Zurückhaltung angenommen werden könne, wenn echte menschliche Beziehungen zwischen dem Ehebrecher (Erblasser) und der Freundin (Bedachte) bestanden und wenn dazu noch ein verständlicher Grund für das ehewidrige Verhältnis des Mannes zu sehen ist; ZR 78 (1979) Nr. 59, wo der Fall eines während längerer Zeit dauernden ehebrecherischen Zusammenlebens mit einer Prostituierten behandelt wird.

17 So in den Fällen BGE 73 II 15 und 93 II 163.

18 Es ist dies m. E. einer der Fälle, wo eine Handlung deshalb unsittlich wird, weil sie von einer Geld- oder andern Leistung abhängig gemacht wird, obwohl sie vom freien Willen bestimmt sein sollte. Vgl. dazu V. TUHR/PETER Bd I/2, S. 258; OSER/SCHÖNENBERGER N. 33f zu Art. 20 OR.

sittlich, weil auch diese Handlungsweise des Erblassers als unsittlich betrachtet wird.

– Sofern mit einer letztwilligen Verfügung der Partner einer eheähnlichen Gemeinschaft für die in deren Rahmen erbrachten Dienste entschädigt und sichergestellt werden will, was unter Umständen geradezu eine moralische Pflicht sein kann, ist die Verfügung nicht unsittlich und damit gültig¹⁹.

Das Bundesgericht beurteilt deshalb (mindestens stillschweigend) eine eheähnliche Gemeinschaft als nicht zum vorneherein unsittlich²⁰.

2. *Die Rechtsprechung des Bundesgerichtes zum Lohnversprechen für Dienste, welche im Rahmen einer eheähnlichen Gemeinschaft geleistet worden sind*

a) *Die einzelnen Entscheidungen*

In einem sehr frühen, bereits erwähnten Entscheid²¹, beurteilte das Bundesgericht die letztwillige Verfügung eines Uhrmachers, wonach seiner Geliebten²² für die ihm während 30 Jahren erbrachten Leistungen²³ Fr. 12 000.— auszubezahlen seien. Die Klage der Erben des Uhrmachers, welche die Verfügung als ungültig anfochten, wurde vom Bundesgericht abgewiesen. In seiner Begründung hielt das Gericht zunächst fest, dass die Verfügung als sittenwidrig und nichtig bezeichnet werden müsste, wenn sie nur eine Belohnung für die sexuellen Beziehungen gewesen wäre²⁴. Dann führte

19 HASENBÖHLER, BJM 1980, S. 8–11, kommt im wesentlichen zum gleichen Ergebnis. Zusätzlich will er aber bei der Beurteilung des Gesamtcharakters einer Verfügung auch deren Auswirkung auf andere Personen als die begünstigte Person beachten. Es wäre hier an den Fall zu denken, wo ein Erblasser seine nächsten Angehörigen auf den Pflichtteil setzt und die ganze verfügbare Quote seiner Geliebten vermacht. Ein solches Testament wäre nur sittenwidrig, wenn aufgrund der Prüfung aller Umstände eines konkreten Falles die Zurücksetzung zu einer Verletzung der Persönlichkeit führen würde, die mit den guten Sitten nicht im Einklang stünde. Mit dieser Betrachtungsweise nähert sich der Autor dem o. 3. Kap. I geschilderten Stand der deutschen Rechtsprechung.

Ähnlich ROBERT BATTES, Gesellschaftsrechtliche Überlegungen zur nichtehelichen Lebensgemeinschaft, ZHR 143 (1979) S. 405, 408, der einen Gesellschaftsvertrag der Partner, bezogen auf das «gemeinsame Wirtschaften», als nicht unsittlich betrachtet, da der Vertrag hauptsächlich einen gerechten Ausgleich im vermögensrechtlichen Bereich der Partner anstrebt.

20 A. M. NAMIGALIS, S. 99, der seine Auffassung jedoch nicht begründet und zudem auf veraltete BG-Entscheide stützt. Die Darstellung der Bundesgerichtspraxis von BAUMANN auf S. 98 ist ebenfalls überholt.

21 Vgl. o. 1. Kap. bei N. 16, BGE 20 Nr. 150 S. 992ff.

22 Wie dem Entscheid zu entnehmen ist, bestanden zwischen den Beteiligten keine eheähnliche Gemeinschaft, sondern nur enge Beziehungen, in deren Verlauf sie auch sexuelle Kontakte pflegten. Deshalb die Bezeichnung der Bedachten als «Mätresse».

23 Pflege, Kleiderpflege, regelmässiges sonntägliches Mittagessen etc.

24 So schon in BGE 18 Nr. 60.

das Gericht weiter aus, dass ohne weiteres gültige Verpflichtungen²⁵ zwischen im Konkubinat Lebenden²⁶ entstehen können, wenn nur der Grund dafür nicht in sexuellen Beziehungen zu finden ist, welche das Gericht als unerlaubt betrachtete. Da es sich im beurteilten Falle um anderweitige Dienste gehandelt hatte, qualifizierte das Bundesgericht die als Belohnung dafür errichtete Verfügung als nicht unsittlich.

In einem späteren Falle aus dem Jahre 1913²⁷ hatte das Bundesgericht einen Schuldschein über Fr. 5 000.— zu prüfen, dessen Rechtsgrund in einem «konkubinatsähnlichen Verhältnis»²⁸ zu finden war. Ohne weitere Prüfung der Umstände wurde der Schuldschein als Lohn für vergangene und künftige aus dem Konkubinat sich ergebende Dienste bezeichnet und als ungültig erklärt.

Die beiden einzigen Fälle, wo über Lohnansprüche zwischen Partnern einer wirklichen eheähnlichen Gemeinschaft befunden wurde, sind die bereits erwähnten²⁹ BGE 79 II 168 und 87 II 165. Zu ihnen ist im hier behandelten Zusammenhang nur zu sagen, dass das Bundesgericht die Frage der Sittenwidrigkeit der eheähnlichen Gemeinschaft mit keinem Wort auch nur gestreift hat. Es prüfte nur die Frage, ob ein Arbeitsvertrag gemäss Art. 320 Abs. 2 OR begründet wurde, nicht aber, ob er überhaupt begründet werden *konnte*.

b) *Ergebnis*

Die oben³⁰ aufgrund der Rechtsprechung zum «Mätressentestament» festgestellten Grundsätze werden durch die Rechtsprechung des Bundesgerichtes zu arbeitsrechtlichen Fragen im wesentlichen bestätigt:

- Sofern eine Zuwendung sich als Entgelt für geschlechtliche Hingabe, als *pretium stupri*, darstellt, ist sie unsittlich und nichtig.

- Ist sie dagegen die Entlohnung für geleistete Arbeit, ist sie ohne weiteres gültig, da zwischen Partnern einer eheähnlichen Gemeinschaft gültige Rechtsgeschäfte bestehen können, wenn nur ihre *causa* nicht in den zwischen den Partnern bestehenden sexuellen Beziehungen zu finden ist.

Damit bestehen keine Anhaltspunkte dafür, dass das Bundesgericht eine eheähnliche Gemeinschaft an sich als unsittlich bezeichnen würde³¹.

25 «Rapports valables d'obligation».

26 Obwohl es sich dort nicht um solche im technischen Sinn gehandelt hat.

27 Pr 2 Nr. 123.

28 Also auch hier keine eheähnliche Gemeinschaft.

29 Vgl. o. I. Kap. N. 17, 18

30 3. Kap. bei N. 19, 20.

31 Im Gegenteil: Um einen Rechtsnachteil eines rentenverpflichteten Dritten zu vermeiden, wird die eheähnliche Gemeinschaft ausnahmsweise diesem Dritten gegenüber

3. Lösung

Das Bundesgericht spricht sich über den sittlichen Charakter einer eheähnlichen Gemeinschaft nicht ausdrücklich aus. Durch die Tatsache jedoch, dass es anerkennt, dass zwischen Partnern einer eheähnlichen Gemeinschaft gültige Rechtsgeschäfte abgeschlossen werden können und dass es die ihnen zugrunde liegende eheähnliche Gemeinschaft in keiner Weise als Nichtigkeitsgrund anführt, geht das Gericht zumindest nicht von vornherein von der Unsittlichkeit solcher Gemeinschaften aus. HAUSHEER³² erblickt in dieser Haltung des Bundesgerichtes das Bemühen, «das Konkubinat nicht als solches zu beurteilen, vielmehr die Rechtsbeziehungen unter den Betroffenen von der eheähnlichen Gemeinschaft zu isolieren und gesondert zu würdigen». Eine weitere Erklärung für die Einstellung des Bundesgerichtes könnte sein, dass es die eheähnliche Gemeinschaft im Bereich des sittlich Neutralen ansiedelt, was ohne weiteres möglich erscheint, indem eine eheähnliche Gemeinschaft «durchaus hohe sittliche Kräfte zu entfalten vermag»³³. Eine solche Sicht der Dinge dürfte sich im grossen und ganzen auch mit der Ansicht der Mehrheit der schweizerischen Bevölkerung decken³⁴.

wie eine Ehegemeinschaft behandelt, BGE 104 II 154ff; vgl. dazu auch das präzisierende Urteil in BGE 106 II 1 = Pr 69 Nr. 163; HAUSHEER, ZBJV 116 (1980) S. 99; In BGE 106 II 11 = Pr 69 Nr. 171 wurde unter dem Gesichtspunkt der Notbedarfsermittlung ein Konkubinatsverhältnis, aus dem Kinder hervorgegangen sind, im wesentlichen gleich behandelt wie ein eheliches Familienverhältnis.

32 ZBJV 116 (1980) S. 102.

33 KOSSENDEY begründet diese These ausführlich, S. 31ff. Gl. M. VON MÜNCH in Landwehr, S. 149; vgl. u. III. bei N. 38.

34 Nach einer Umfrage in PRO Nr. 8/9, 1979 finden 69% der Männer und 65% der Frauen nichts dabei, wenn ein kinderloses Paar in eheähnlicher Gemeinschaft lebt. Von den unter Dreissigjährigen beider Geschlechter äusserten sich sogar 86% positiv zur eheähnlichen Gemeinschaft. Gestützt auf die Auswertung von Meinungsumfragen gelangt NAMGALIES, S. 72, für die BRD zum gleichen Schluss. HANS WOLFGANG STRÄTZ, Rechtsfragen des Konkubinats im Überblick, FamRZ 1980, S. 302, berichtet sogar Zahlen der Wickert Institute und des Allensbachers Instituts, die noch über denjenigen der PRO-Umfrage liegen. Der Autor ist der Auffassung, «dass sich der Konkubinat in der gesellschaftlichen Wirklichkeit zumindest insoweit durchgesetzt hat, dass er gesellschaftlichen oder rechtlichen Sanktionen nicht mehr ausgesetzt ist». Diese Meinung teilt HERBERT BARTSCH, Unterhaltspflichten nach Auflösung der eheähnlichen Gemeinschaft?, JR 1979, S. 364. Auch das Kantonsgericht des Kantons St. Gallen begründete den Freispruch im erwähnten Wiler Konkubinatsfall mit dem Wandel gesellschaftlicher Vorstellungen über Sitte und Moral, welche das Konkubinatsverbot als überholt erscheinen liessen, vgl. o. I. Kap. bei N. 13. Ähnliches gilt für Österreich, wo dem zweiten Familienbericht der Regierung zufolge die Bedeutung der Legalisierung einer Partnerschaft zurücktrete, zumindest wenn (noch) keine Kinder vorhanden sind oder (noch) nicht gewünscht werden; NZZ Nr. 42 1980, S. 4. Nach DIETER HINRICH, Kollisionsrechtliche Probleme bei der Auflösung eheähnlicher Gemeinschaften in: Festschrift für Günther Beitzke, 1979, S. 507, hat sich die Zahl der eheähnlichen Gemeinschaften in den USA von 1970–1975 von 654 000 auf 1 230 000 verdoppelt. In Dänemark beträgt sie 150 000. Weitere statistische Angaben

Unabhängig von der Beurteilung der Sittlichkeit einer eheähnlichen Gemeinschaft durch das Bundesgericht steht fest, dass zwischen Partnern einer eheähnlichen Gemeinschaft ohne weiteres gültige Rechtsgeschäfte abgeschlossen werden können, sofern sie sich nur nicht als pretium stupri darstellen bzw. ihren Grund allein in den sexuellen Beziehungen zwischen den Partnern haben³⁵. Gerade diese nur einseitig den geschlechtlichen Aspekt einer Partnerschaft betonende Betrachtungsweise ist bei der eheähnlichen Gemeinschaft, die wie die Ehe eine umfassende leiblich-geistige Gemeinschaft darstellt³⁶, zum vorneherein abzulehnen³⁷. Im Rahmen einer eheähnlichen Gemeinschaft ist somit der Abschluss von Arbeits- oder Gesellschaftsverträgen, welcher in dieser Arbeit näher geprüft werden soll, ohne weiteres möglich.

III. *Lösungsversuch mit Hilfe des ungeschriebenen Grundrechts der persönlichen Freiheit*

Nach neuester deutscher Doktrin ist das Eingehen einer eheähnlichen Gemeinschaft eine Betätigung des durch Art. 2 GG gewährten Grundrechtes auf freie Entfaltung der Persönlichkeit, welche sich im Rahmen der in Art. 2 Abs. 1 2. Halbsatz GG genannten Schranken hält und insbesondere nicht gegen das Sittengesetz verstösst, da die eheähnliche Gemeinschaft nach heutiger Auffassung nicht den «malus» der Sittenwidrigkeit trägt³⁸.

In der Schweiz hat sich mit den verfassungsrechtlichen Aspekten des Konkubinats soweit ersichtlich lediglich COMTESSE³⁹ auseinandergesetzt. Dabei gelangte er aufgrund folgender Überlegung zum gegenteiligen Schluss:

Das Konkubinatsverbot bildet das rechtliche Gegenstück zur verfassungsmässig gewährleisteten Ehefreiheit. Da grundsätzlich jedermann

für die BRD und Skandinavien gibt SCHLÜTER, S. 6ff; für Frankreich EVANS-VON KRBEK, JA 1979, S. 236. Detailliert ebenfalls FINGER, JZ 1981, S. 498ff. Bei der Beratung des Asylgesetzes legte auch der Nationalrat im Differenzbereinungsverfahren eine dementsprechende Haltung an den Tag, wonach nicht nur Ehegatten von Flüchtlingen, sondern auch deren Lebenspartner als Flüchtlinge gelten, TA vom 8.6.1979.

35 So auch HEINZ HAUSHEER, ZBJV 116 (1980), S. 102.

36 Vgl. o. 2. Kap. III.

37 BAUMANN, S. 66ff, 98, 112; SCHWAB in Landwehr, S. 65; VON MÜNCH in Landwehr, S. 149; SCHLÜTER, S. 33.

38 So VON MÜNCH in Landwehr, S. 149. Diese Auffassung fand Zustimmung in der Diskussion im Rahmen des Symposiums, Landwehr, S. 154ff; BARTSCH, JR 1979, S. 364; STRÄTZ, FamRZ 1980, S. 304; DEUERLER, S. 252. Auch nach Auffassung des LG Bonn sind sowohl die Ehe als auch das aussereheliche Zusammenleben von zwei Personen in gleicher Weise achtenswert, NJW 1976, S. 1691.

39 FRÉDÉRIC HENRI COMTESSE, Verbot und Schutz der ausserehelichen Familie im schweizerischen Strafrecht, in: Festgabe für A. EGGER, Zürich 1945, S. 308.

heiraten darf, ist niemand auf Ersatzformen angewiesen und die Einhaltung der Vorschriften jedermann zumutbar.

COMTESSE erkennt jedoch den Sinn der verfassungsrechtlichen Gewährleistung der Ehefreiheit. Art. 54 Abs. 1 und 2 BV will lediglich das Recht zur Eheschliessung statuieren, die ja früher zuweilen für einkommensschwache Kreise verboten war, nicht aber die geschlossene Ehe gegen Scheidung oder Trennung schützen⁴⁰. Wenn nun in dieser Verfassungsbestimmung nicht einmal Schutz vor Auflösung einer *bestehenden* Ehe zu finden ist, so kann Art. 54 BV erst recht nicht die Grundlage für das Verbot einer Lebensform sein, die nicht (oder noch nicht) einmal eine Ehe ist. Garantiert Art. 54 BV die Freiheit, eine Ehe eingehen zu können, ist damit auch negativ das Recht gesichert, eine Ehe nicht schliessen zu müssen⁴¹. Über die Zulässigkeit, statt dessen in einer eheähnlichen Gemeinschaft leben zu dürfen, ist damit aber noch überhaupt nichts gesagt. Die Schlussfolgerung von COMTESSE, wonach angesichts der Ehefreiheit niemand auf Ersatzformen angewiesen und demzufolge die Einhaltung der Ehe jedermann zuzumuten sei, ist deshalb unbegründet⁴². Sie dürfte darauf zurückzuführen sein, dass damals (1945) die bundesgerichtliche Rechtsprechung zur persönlichen Freiheit noch nicht den gegenwärtigen Stand hatte, welcher nachfolgend kurz erläutert werden soll⁴³.

In seiner älteren Rechtsprechung setzte das Bundesgericht das Recht auf persönliche Freiheit, das es in BGE 89 I 98 als ungeschriebenes Grundrecht anerkannte, mit der Bewegungsfreiheit und der freien Verfügung über den Körper gleich. Seit dem Jahre 1964⁴⁴ wurde dieses Recht aber ständig erweitert. Nach der neueren Praxis schützt das Recht auf persönliche Freiheit nun als zentrales Freiheitsrecht nicht nur die Bewegungsfreiheit und die körperliche Integrität, sondern darüber hinaus alle elementaren Erscheinungen menschlicher Persönlichkeit, die nicht durch andere Grundrechte der BV gewährleistet sind⁴⁵. So verstand das Bundesgericht unter der persönlichen Freiheit bereits die Möglichkeit, über seine Lebensweise zu entscheiden, insbesondere seine Freizeit zu gestalten⁴⁶, oder die dem Bürger eigene Fähigkeit, eine bestimmte tatsächliche Begebenheit zu

40 BURCKHARDT, S. 500.

41 SCHLÜTER, S. 18.

42 So auch SCHLÜTER, S. 15.

43 Vgl. zur Entwicklung dieses Freiheitsrechtes HANS HUBER, Die persönliche Freiheit, SJZ Bd 69 (1973), S. 113 sowie ULRICH ZIMMELI, Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit im öffentlichen Recht in, Referate und Mitteilungen des Schweizerischen Juristenvereins 1978, S. 61ff.

44 BGE 90 I 36.

45 BGE 104 Ia 40 und dort erwähnte Judikatur und Literatur.

46 BGE 97 I 842 E. 3.

würdigen und demnach zu handeln⁴⁷. An dieser Ausdehnung der persönlichen Freiheit übte einzig HUBER⁴⁸ Kritik und sprach sich dafür aus, den Gehalt des Freiheitsrechtes erneut auf Bewegungsfreiheit und körperliche Integrität zu beschränken. Dieser Anregung ist das Bundesgericht bis heute jedoch nicht gefolgt. Es hielt lediglich fest, dass der Schutzbereich des Grundrechtes der persönlichen Freiheit nicht jede noch so nebensächliche Betätigungsmöglichkeit des Menschen umfasse⁴⁹.

Der Entscheid, mit einem Lebenspartner nicht in staatlich anerkannter Ehe, sondern in eheähnlicher Gemeinschaft zu leben, ist gemäss der erläuterten Bundesgerichtspraxis zweifellos eine «elementare Erscheinung menschlicher Persönlichkeit, die nicht durch andere Grundrechte der BV gewährleistet ist»⁵⁰. Gerade auch unter dem vom Bundesgericht anerkannten Gesichtspunkt des Rechts, über seine Lebensweise zu entscheiden, lässt sich wohl kaum ein Entscheid von tiefergreifender persönlicher Tragweite denken, als derjenige, unter Verzicht auf alle Vorteile der staatlich anerkannten Ehe und unter Inkaufnahme der daraus resultierenden Nachteile in einer eheähnlichen Gemeinschaft zu leben. Dieser Entscheid fällt damit in den «Kernbereich der Persönlichkeitsentfaltung, für welchen, gestützt auf die Garantie der persönlichen Freiheit, ein besonderer verfassungsrechtlicher Schutz beansprucht werden kann»⁵¹. Das Entscheidendürfen über die eigene Lebensweise und die Freiheit, mit andern Menschen Beziehungen anzuknüpfen, betrachtet z. B. auch HUBER als so elementar, dass er in seiner Kritik an der bundesgerichtlichen Rechtsprechung eine Verfassungsgarantie dafür sogar als überflüssig bezeichnet, weil diese Freiheiten niemand in Zweifel ziehe⁵².

So sehr die Anwendbarkeit dieser Feststellung auf die Eingehung einer eheähnlichen Gemeinschaft zu bejahen ist, so beruhigend ist es doch zu wissen, dass das Recht, in einer solchen Gemeinschaft zu leben, grund-

47 BGE 101 Ia 346 und dort zitierte Urteile. Diese Rechtsprechung stiess in der Literatur vorwiegend auf Zustimmung. J.P. MÜLLER, Bemerkungen zur schweizerischen Rechtsprechung des Jahres 1971, in ZSR NF 91, 1972, S. 209ff; SALADIN, Grundrechte, S. XIIff.

48 SJZ Bd 69 (1973), S. 116ff.

49 ZIMMERLI (Vgl. o. N. 43) S. 61 N. 296; BGE 104 Ia 480ff = Pr 69 Nr. 5, worin unter persönlicher Freiheit in erster Linie das Recht verstanden wird, über seinen Körper zu verfügen.

50 Ähnliches gilt im übrigen auch für die Ehe, indem sich auch deren Sinn ändert und an die Stelle der traditionellen Familie, in der kollektive Interessen vorherrschen, vermehrt eine Verbindung tritt, die das Hauptgewicht auf individuelle Werte und die Entfaltung der Persönlichkeit legt, so Familienbericht, S. 42.

51 Diese Formulierung ist BGE 102 Ia 324 entnommen, welcher die Nichtzulassung zu einem akademischen Studium unter dem Gesichtspunkt der persönlichen Freiheit behandelt.

52 HUBER, SJZ Bd 69 (1973), S. 120.

sätzlich als Ausfluss der persönlichen Freiheit verfassungsmässig abgestützt werden kann. Die Garantie der persönlichen Freiheit schliesst zwar Beschränkungen nicht aus. Solche müssen aber auf einer gesetzlichen Grundlage beruhen, im öffentlichen Interesse liegen und dem Gebot der Verhältnismässigkeit entsprechen⁵³. Bei der Prüfung dieser Fragen ist u. a. auch die Entwicklung der sozialen Anschauungen und Verhältnisse zu berücksichtigen⁵⁴. Gerade diese Anschauungen haben sich betreffend das Konkubinatsverbot wesentlich geändert⁵⁵. Ob die kantonalen Konkubinatsverbote diesen Anforderungen, insbesondere unter dem Gesichtspunkt des öffentlichen Interesses und der Verhältnismässigkeit entsprechen, ist zu bezweifeln. Eine eingehende Prüfung dieser Fragen würde jedoch den Rahmen der vorliegenden Arbeit sprengen, weshalb hier nur eine summarische Darstellung erfolgen soll.

Es ist auf jeden Fall davon auszugehen, dass das Leben in einer eheähnlichen Gemeinschaft sich als Ausdruck der freien Entfaltung der Persönlichkeit, d. h. der persönlichen Freiheit darstellt⁵⁶. Da bereits am Schutz dieses Freiheitsrechtes selbst ein gewichtiges öffentliches Interesse besteht⁵⁷, müssten schon sehr bedeutende gegenläufige Interessen geltend gemacht werden, die eine Beschränkung der persönlichen Freiheit und damit ein Verbot der eheähnlichen Gemeinschaft rechtfertigen würden. Hinzu kommt, dass solchen Grundrechtsbeschränkungen durch das in Frage stehende Grundrecht Sinn und Grenzen gegeben wird⁵⁸. Diese auch in der Schweiz übernommene Lehre des deutschen Bundesverfassungsgerichts von der Wechselwirkung zwischen Grundrecht und Grundrechtsschranke verlangt eine Interessenabwägung⁵⁹ zwischen persönlicher Freiheit und ihr allenfalls zuwiderlaufenden öffentlichen Interessen. Als solche fallen der Schutz der Sittenordnung und der Schutz der Ehe in Betracht.

Der Schutz der Sittenordnung ist in diesem Zusammenhang aufgrund der bereits erörterten⁶⁰ Wandelung der Moralvorstellungen in der Bevölkerung bedeutungslos. Somit bleibt als öffentliches Interesse lediglich noch der Schutz der Ehe als fundamentale Institution der Rechtsordnung,

53 BGE 102 Ia 282ff, 304.

54 BGE 104 Ia 480ff = Pr 69 Nr. 5.

55 Vgl. o. 3. Kap. bei N. 34

56 Die Motion Noto, vgl. o. 1. Kap. N. 11, beruht übrigens u. a. auf der gleichen Argumentation.

57 IMBODEN/RHINOW, Bd. 1, S. 323.

58 HANS HUBER, Der Schutz der Staatsbürgerrechte des Arbeitnehmers, ZSR NF 82 (1963) S. 143ff.

59 MANERED REIBENDER, Arbeitsrechtliche Schranken der politischen Betätigung von Medienschaffenden, SJZ 74 (1978), S. 137ff.

60 Vgl. o. 3. Kap. bei N. 34.

um deren Bestand vor allem COMTESSE⁶¹ und HANS FELIX PFENNINGER⁶² fürchten. Diese Frage wurde vor allem in Deutschland diskutiert. VON MÜNCH⁶³ warf die Frage auf, ob Art. 6 Abs. 1 GG, wonach Ehe und Familie unter dem besonderen Schutze der staatlichen Ordnung stehen, in seiner Funktion als Abwehrrecht⁶⁴ etwas darüber aussage, was der Gesetzgeber betreffend die eheähnliche Gemeinschaft tun muss oder kann. Diese Frage wurde verneint.

Auch aus dem Verständnis des Art. 6 Abs. 1 GG als Institutsgarantie und Grundsatznorm lässt sich sodann insbesondere nicht eine verfassungsrechtliche Pflicht zur Pönalisierung der eheähnlichen Gemeinschaft ableiten. Damit stellt sich die Frage, ob die Verfassung zumindest eine rechtliche Anerkennung der eheähnlichen Gemeinschaft verbietet. Grundsätzlich ist VON MÜNCH⁶⁵ der Auffassung, dass Art. 6 Abs. 1 GG keinen absoluten «Konkurrenzschutz» der Ehe hergibt, wobei dieser Autor die Beantwortung der Frage letztlich davon abhängig macht, wie diese Anerkennung im einzelnen aussehen würde⁶⁶. Immerhin ist es für VON MÜNCH einerseits klar, dass die Verfassung die eheähnliche Gemeinschaft toleriert, da sie nicht eine von Verfassungs wegen nicht rechtmässige und daher nicht zu duldende Gemeinschaft ist. Ebenso klar hält er andererseits aber auch fest, dass die Verfassung eine rechtliche Gleichbehandlung der eheähnlichen Gemeinschaft mit der Ehe verbietet; die Verfassung bietet nur einen weiten Rahmen für eine Angleichung⁶⁷ des Rechts der eheähnlichen Lebensgemeinschaft an das Recht der ehelichen Gemeinschaft, wenn diese Angleichung erforderlich und sinnvoll ist⁶⁸.

Eine vergleichbare Diskussion wurde mit Ausnahme der Überlegungen COMTESSES⁶⁹, soweit ersichtlich, in der Schweiz nicht geführt, was

61 3. Kap. N. 39.

62 Der strafrechtliche Schutz der Ehe, in: Festgabe für August Egger, 1945, S. 286ff.

63 In Landwehr, S. 146ff.

64 Das Bundesverfassungsgericht entnimmt Art. 6 Abs. 1 GG einen dreifachen Inhalt: klassisches Abwehrrecht zum Schutz der Privatsphäre von Ehe und Familie; Institutsgarantie; Grundsatznorm, d. h. eine verbindliche Wertentscheidung für den gesamten Bereich des Ehe und Familie betreffenden privaten und öffentlichen Rechts; vgl. dazu VON MÜNCH, in Landwehr, S. 146 FN 39; GEORG MÜLLER, Privateigentum heute in: Referate und Mitteilungen des Schweizerischen Juristenvereins 1981, S. 26ff, gibt einen Überblick über den Stand der Diskussion über das institutionelle Grundrechtsverständnis.

65 In Landwehr, S. 148; ebenso STRÄTZ, FamRZ 1980, S. 440.

66 Offen lässt diese Frage DIETRICH V. SIMON, Rechtsprobleme der nichtehelichen Lebensgemeinschaft, JuS 1980, S. 252.

67 Nicht Gleichstellung.

68 Wie z. B. in einzelnen Bereichen des Familien-, Arbeits- und Sozialrechtes. Ebenso SCHLÜTER, S. 16. Dieser Autor bejaht aber auch eine Pflicht des Staates, unter dem Gesichtspunkt des Sozialstaatsprinzips den jeweils Schwächeren in einer eheähnlichen Gemeinschaft zu schützen.

69 Vgl. o. 3. Kap. bei N. 61

m. E. auf den unterschiedlichen Gehalt von Art. 6 Abs. 1 GG und Art. 54 BV zurückzuführen ist. Die deutsche Grundgesetznorm weist Ehe und Familie eine feste Verfassungsposition zu, indem sie diese als die Keimzelle jeder menschlichen Gemeinschaft, deren Bedeutung mit keiner andern menschlichen verglichen werden könne, unter den besondern Schutz der staatlichen Ordnung stellt⁷⁰. Trotz des ähnlichen Wortlautes von Art. 54 BV hat diese Norm nie die Bedeutung des Art. 6 Abs. 1 GG. Art. 54 BV stellt lediglich das Recht der Ehe unter den Schutz des Bundes, um im wesentlichen die ungerechtfertigten Ehehindernisse der kantonalen Gesetzgebungen aufzuheben⁷¹. Dementsprechend gibt das Bundesgericht der auf Art. 54 BV gestützten Ehefreiheit die Bedeutung eines unverzicht- und unverjährbaren Grundrechtes, das dem Einzelnen um seiner Persönlichkeit willen zusteht⁷². Abgesehen von dieser Bedeutung schreibt das Bundesgericht Art. 54 BV aber keine weitergehenden Wirkungen mehr zu, da das verfassungsmässig garantierte Recht zur Ehe in Art. 96–118 ZGB seine nähere bundesrechtliche Ausgestaltung erfahren hat⁷³.

Auch der Familienschutzartikel in Art. 34^{quinquies} BV enthält keine Institutsgarantie. Nach Abs. 1 berücksichtigt der Bund in der Ausübung der ihm zustehenden Befugnisse und im Rahmen der Verfassung die Bedürfnisse der Familie. Diese Bestimmung ist lediglich Richtlinie für die künftige Gesetzgebung und zudem keine Kompetenznorm. In den Absätzen 2–4 werden die Kompetenzen für die Familienausgleichskassen, das Wohnungs- und Siedlungswesen und die Mutterschaftsversicherung begründet. Daraus ist ersichtlich, dass der Familienschutzartikel in erster Linie die Verbesserung der wirtschaftlichen Lage der Familie zum Ziele hat.⁷⁴ Eine Garantie der Ehe als Rechtsinstitut lässt sich daraus aber noch viel weniger als aus Art. 54 BV ableiten und damit erst recht nicht eine Pflicht des Staates, die Existenz von eheähnlichen Gemeinschaften zu unterbinden.

Eine gewisse institutionelle Bedeutung der Ehe und Familie hält SALADIN fest. Diese Institutionen werden aber nicht als verfassungsrechtliche, sondern als seinsmässige verstanden, die zu respektieren das Neue Testament dem Staat aufgabe. Diese Aufgabe erfülle der Staat einerseits mit einer entsprechenden Verfassungsgarantie, andererseits in einer aktiven

70 PETER SALADIN, Rechtsbeziehungen zwischen Eltern und Kindern als Gegenstand des Verfassungsrechts in: Festschrift für Hans Hinderling, Basel 1976, S. 176.

71 BURCKHARDT, S. 498. Nach GÖTZ, N. 6 der Vorbemerkungen zum Eherecht, wurde mit Art. 54 BV das Eherecht ausserdem gegenüber den kirchlichen Ansprüchen auf staatlichen Boden gestellt.

72 BGE 104 Ia 175f. E. 2b.

73 BGE 68 I 79; 80 I 430f.

74 Dies ergibt sich auch klar aus den Materialien, vgl. dazu Familienbericht S. 117ff.

Schutz-Gewährung mittels der Ausführungsgesetzgebung, welche die Verbindungen zwischen Ehegatten und zwischen Familiengliedern zu stärken und zu festigen habe⁷⁵. Wie gezeigt, ist der Staat dieser Verpflichtung in Art. 54, 34^{quinquies} BV und Art. 96–118 ZGB nachgekommen. Weitergehende Verpflichtungen, wie z. B. das Verbot von eheähnlichen Gemeinschaften lassen sich daraus nicht ableiten⁷⁶.

Als Ergebnis dieser Betrachtungen kann zunächst festgehalten werden, dass der Schutz der Sittenordnung einerseits und der Schutz der Ehe und Familie andererseits keine öffentlichen Interessen darstellen, die eine Beschränkung der persönlichen Freiheit, in einer eheähnlichen Gemeinschaft zu leben, rechtfertigen würden⁷⁷.

Sodann ergibt sich darüber hinaus, dass in Anlehnung an die Schlussfolgerung von MÜNCHS, wonach die Verfassung einen weiten Rahmen für eine Angleichung des Rechts der eheähnlichen Gemeinschaft an das Recht der ehelichen Gemeinschaft gibt, die schweizerische Bundesverfassung diesen Rahmen noch viel weiter spannt und dass damit gegen die Existenz von ehelichen Gemeinschaften unter verfassungsrechtlichen Aspekten grundsätzlich nichts einzuwenden ist.

75 SALADIN, Grundrechte, S. 446f, 461.

76 Dass selbst die Annahme einer in Art. 54 BV enthaltenen Institutsgarantie im rechtlichen Sinne daran nichts ändern würde, zeigen die Ausführungen von MÜNCHS, o. 3. Kap. bei N. 63–66

77 In diese Richtung zeigt auch die Praxis des Bundesgerichtes z. B. bei der Beurteilung der Namensänderungsgesuche von Kindern von in eheähnlicher Gemeinschaft lebenden Eltern. In konstanter Rechtsprechung wurde die Namensänderung geschützt und klar festgehalten, dass damit die eheähnliche Gemeinschaft nicht öffentlich anerkannt und das Institut der Ehe als solches nicht untergraben würde. In diesem Bereich stellte das Gericht die Interessen der illegitimen Kinder also vor dasjenige der öffentlichen Ordnung, indem diese einem Namensänderungsgesuch nicht entgegensteht, BGE 105 II 241 = Pr 69 Nr. 81; BGE 105 II 247 = Pr 69 Nr. 107. Ähnlich hielt das Bezirksgericht im «Wiler Fall» dafür, dass die persönliche Freiheit der Angeklagten und ihres gemeinsamen Kindes durch eine Verurteilung verletzt würde, da eine solche nicht im öffentlichen Interesse liege, St. Galler Tagblatt v. 28.1.1981. Ebenso lehnte die Luzerner Regierung 1976 ein Konkubinatsverbot als starken Eingriff in die Privatsphäre ab, weil der Eingriff nicht ohne weiteres mit dem Familienschutz begründet werden könne, solange nicht erwiesen sei, dass die Familie als Institution in ihrem Bestand wirklich gefährdet sei. Im wesentlichen gleich äusserten sich die Regierungen der beiden Basel, vgl. TA Nr. 101, 1980, Seite 6.

2. Teil

4. Kapitel: Lohnansprüche gegen den Partner einer eheähnlichen Gemeinschaft

I. Einleitung

In jüngster Zeit häuften sich die Versuche, die eheähnliche Gemeinschaft rechtlich zu erfassen. Anlass dazu gaben vielfach die Entscheidungen von Gerichten, die Rechtsstreitigkeiten von Partnern zu entscheiden hatten, die nach Jahren des Zusammenlebens vom Richter nachträglich die Herstellung einer gerechten Verteilungsordnung über gemeinsam erwirtschaftete Werte verlangten. Von einer auch nur einigermaßen gefestigten Lehre kann indessen nicht gesprochen werden. Die bisherigen Publikationen kamen über eine abstrakte Prüfung der Anspruchsgrundlagen nicht hinaus und zeitigten so verschiedene Ergebnisse, dass dem vor einem konkreten Problem stehenden Rechtsuchenden vielfach nicht geholfen war¹. Die zur Diskussion gestellten Lösungen reichen von der Anwendung ehe- und familienrechtlicher Bestimmungen² über die Anwendung schuldrechtlicher Normen allgemein und des Gesellschaftsvertragsrechts im besonderen³ bis hin zum Zusammenlebensvertrag eigener Art⁴ oder dem vertragsähnlichen Vertrauensverhältnis⁵, welche alle eine Grundlage für Ausgleichsansprüche abgeben sollen.

Alle diese angeführten Autoren scheinen im Bestreben, Härtefälle während oder nach der Auflösung einer eheähnlichen Gemeinschaft zu vermeiden, a priori davon auszugehen, dass bereits das Eingehen einer eheähnlichen Gemeinschaft Rechtswirkungen nach sich zieht. Dass dem aber nicht so ist, hat KURR überzeugend nachgewiesen.

Der gemeinsame Entschluss, eine eheähnliche Gemeinschaft zu begründen, ist, isoliert betrachtet, weitgehend inhaltsleer und bedarf der Aus-

¹ KURR, S. 5; STRÄTZ, FamRZ 1980, S. 303; DERLEDER, NJW 1980, S. 546.

² Diese Lösung wird von den meisten Autoren jedoch abgelehnt; vgl. anstelle vieler STRÄTZ, FamRZ 1980, S. 304, und SCHLÜTER, S. 17 ff, sowie FINGER, JZ 1981, S. 500 ff. So ausdrücklich für das schweizerische Recht: BÜHLER SPÜHLER, N 8 zu Art. 151 ZGB. Auch EVANS-VON KREB, JA 1979, S. 239 ff, lehnt eine analoge Anwendung des Eherechts ab, bejaht aber eine teilweise analoge Anwendung des Verlöbnisrechtes, S. 242.

³ Ein Befürworter dieser Lösung ist v. a. BATTES, ZHR 143 (1979), S. 385–408.

⁴ Er wird von KLAUS ROTH-STILLOW, Rechtsfragen des ehelosen Zusammenlebens von Mann und Frau, JR 1978, S. 234, befürwortet, strikte abgelehnt von FINGER, JZ 1981, S. 504 f.

⁵ SCHWAB, in Landwehr, S. 74.

füllung durch die Planung der Modalitäten der Gemeinschaft. Erst diese Einzelabreden gestalten das gemeinsame Leben direkt und unmittelbar und führen zu Auswirkungen und möglicherweise Bindungen, die für die Beteiligten von Interesse sind⁶. Der «Gründungsakt» ist im übrigen nicht einmal für die Frage der einseitigen Aufhebung der Gemeinschaft von Bedeutung. Nimmt man an, die Zusammenlebensvereinbarung habe lediglich gesellschaftlichen, also keinen rechtsverbindlichen Charakter, so muss sie jederzeit ohne Angabe von Gründen wieder aufgehoben werden können⁷. Wollte man dagegen den «Gründungsakt» als Rechtsgeschäft behandeln, so ergibt sich die jederzeitige Lösbarkeit aus dem höchstpersönlichen Charakter dieses Rechtsgeschäftes, das keinem der Beteiligten die rechtliche Möglichkeit bietet, den andern gegen seinen Willen in einer einmal eingegangenen Gemeinschaft festzuhalten. Als Ergebnis steht damit fest, dass Ansprüche gegen den Partner einer eheähnlichen Gemeinschaft nicht auf den «Gründungsakt» gestützt werden können, sondern von den allenfalls getroffenen Einzelabreden abhängen⁸.

Die Partner einer eheähnlichen Gemeinschaft gestalten ihr Verhältnis auf verschiedene Art und Weise. Die Kette der Gestaltungsmöglichkeiten, betrachtet unter dem Aspekt der Intensität der Bindungswirkung, reicht vom streng einseitigen Abhängigmachen der eigenen Reaktionen von denen des Partners bis hin zum vollgültigen Vertrag⁹. Da es nicht möglich ist, für die Einordnung aller typischerweise in einer eheähnlichen Gemeinschaft auftauchenden Abmachungen abstrakte Regeln aufzustellen, muss ein juristisch relevantes Abgrenzungskriterium gesucht werden¹⁰. Dieses Kriterium liegt darin, dass eine Vereinbarung unter Geltung oder unter Ausschluss des Rechts zustande gekommen ist. Mit andern Worten geht es darum, ob eine Vereinbarung zwischen den Partnern als Rechtsgeschäft zu beurteilen ist oder nicht¹¹.

6 KURR, S. 18. Die Unterscheidung dieses Autors in Vereinbarung über das «Grundverhältnis» und Einzelabreden auf der Ebene des «Betriebsverhältnisses» illustriert diesen Gedanken anschaulich. Sinngemäss ebenso SCHLÜTER, S. 28, und EVANS-VON KRBEK, JA 1979, S. 242. Auch der BGH ist dieser Betrachtungsweise gefolgt, indem er festgehalten hat, «dass die eheähnliche Gemeinschaft als solche keine Rechtsbeziehungen und gegenseitigen Rechtsansprüche zwischen den Partnern schafft», NJW 1980, S. 126; bestätigt in BGH, NJW 1980, S. 1688.

7 Diese Meinung wurde bereits o. 2. Kap. bei N 12 vertreten.

8 KURR, S. 21; ebenso STRÄTZ, FamRZ 1980, S. 306, 436. Sinngemäss ebenso SCHLÜTER, S. 16.

9 Als Beispiele von Zwischenformen nennt KURR, S. 32, faktisches Parallelverhalten, gesellschaftliche Abreden, gentlemen agreements, Naturalobligationen, Verträge unter Ausschluss der Klagbarkeit etc.

10 Die Intensität der beabsichtigten Bindung allein ist nicht als Abgrenzungsmerkmal verwendbar, KURR S. 33.

11 KURR S. 34; ebenso KRAMER, N. 62ff. der allgemeinen Einleitung.

Unter Rechtsgeschäft versteht man eine auf rechtliche Wirkung – Begründung, Änderung oder Aufhebung eines Rechts oder Rechtsverhältnisses – gerichtete Willensäußerung einer oder mehrerer Privatpersonen¹². Ob der Gesamtcharakter einer Abrede gemessen am Kriterium des Rechtsfolgewillens als Rechtsgeschäft feststeht, beurteilt sich danach, ob die Parteien irgendeine der beabsichtigten Folgen auf rechtllichem Wege erreichen wollen¹³. Steht die Qualifikation einer Abrede als Rechtsgeschäft fest, ist ihr Inhalt, sofern notwendig, im einzelnen auf dem Wege der Auslegung zu ermitteln.

Nachfolgend werden rechtsgeschäftliche, genauer vertragliche, Ansprüche der Partner gegeneinander behandelt. Es wird dort somit davon ausgegangen, dass eine Überprüfung des Verhaltens und der Äusserungen der Partner entsprechend den vorstehend gemachten Ausführungen einen Vertragswillen der Parteien ergeben hat. Liess sich zwischen den Parteien kein Vertragswille feststellen, stehen nur noch ausservertragliche Anspruchsgrundlagen¹⁴ zur Diskussion.

II. Vereinbarkeit des Arbeitsvertrages als Unterordnungsverhältnis mit der eheähnlichen Gemeinschaft als Gleichordnungsverhältnis

Es ist bereits dargelegt worden¹⁵, dass zwischen Partnern einer eheähnlichen Gemeinschaft ohne weiteres gültige Rechtsgeschäfte, insbesondere auch Arbeitsverträge, abgeschlossen werden können, ohne dass sie in Gefahr sind, wegen Sittenwidrigkeit für nichtig erklärt zu werden. Nicht beantwortet ist jedoch damit die Frage, wie weit sich die aus dem Arbeitsvertrag ergebende Befolgungspflicht des Arbeitnehmers mit dem doch die Regel bildenden Bedürfnis nach Gleichberechtigung im Rahmen einer eheähnlichen Gemeinschaft vereinbaren lässt.

I. Das Arbeitsverhältnis als Unterordnungsverhältnis

Wesentliches Kriterium eines Arbeitsverhältnisses ist die Verrichtung von Arbeit des Arbeitnehmers in einer persönlichen Unterordnung, nicht selbstbestimmend, sondern nach Weisungen und Anordnungen des

12 VON TUHR/PETER, Bd I/1, S. 143.

13 KURR S. 48. Dieser Autor, S. 35–48 und 53–64, zeigt unter Berücksichtigung der Besonderheiten der eheähnlichen Gemeinschaft differenziert die Regeln auf, nach welchen sich ein Rechtsfolgewille der Partner feststellen lässt. Darauf wird insbesondere im nachfolgenden 5. und 6. Kapitel dieser Arbeit zurückzukommen sein.

14 Vgl. u. 6. Kapitel.

15 Vgl. o. 3. Kap. II. 3.

Arbeitgebers¹⁶. Diese Eingliederung in die Arbeitsorganisation und Unterwerfung unter die Direktionsgewalt macht den Tatbestand der abhängigen Arbeit aus. Gegenstück des Direktionsrechtes des Arbeitgebers ist die Befolgungspflicht des Arbeitnehmers, gemäss welcher er Anordnungen des Arbeitgebers nach Treu und Glauben zu befolgen hat¹⁷.

2. *Die eheähnliche Gemeinschaft als Gleichordnungsverhältnis*

Die Motive und Gründe, die zur Eingehung einer eheähnlichen Gemeinschaft führen können, sind weitgehend unerforscht und vielfältig¹⁸. Im Verlaufe der Emanzipationsbewegung vermochten immer mehr Frauen durch eigenes Einkommen ihre weitgehende Gleichstellung mit dem Mann in der Gesellschaft zu realisieren¹⁹. Die Behauptung dieser Stellung auch in der Beziehung zu einem Lebenspartner darf sicher als ein wesentliches Motiv für den Verzicht auf die Ehe mit ihrer traditionellen Rollenverteilung betrachtet werden²⁰. Dem Grundsatz nach beruht zwar auch die Ehe nach heutigem schweizerischem Recht auf der Gleichwertigkeit und Gleichberechtigung der Ehepartner²¹. Durch die besondere Stellung der Ehegatten wird aber dieser Grundsatz durchbrochen, insbesondere durch die Stellung des Ehemannes als Haupt der Gemeinschaft. Sie entspricht nach LEMP²² der Volksanschauung, wonach normalerweise Wille und Wort des Mannes nach aussen wie nach innen überwiegen sollen²³. Immerhin wird man im Bereich

16 SCHWEINGRUBER N. 3c zu Art. 319 OR.; REHBINDER, S. 31.

17 REHBINDER, S. 31f; OSER/SCHÖNENBERGER, N. 9 vor Art. 319 bis 362 OR.

18 In den verschiedenen Publikationen zeigt sich ein breites Spektrum. Im Sinne einer Auswahl seien genannt: Abneigung gegen rechtsförmige Bindungen; Probe-Ehe; rentenrechtliche Überlegungen; Angst vor den Auswirkungen im Falle einer Scheidung beim Scheitern einer Ehe; ökonomische Selbstbehauptung; Unabhängigkeit und Selbstständigkeit der Frau; Suche nach neuen Lebensformen; Entflechtung des Dreiecks Ehe-Sexualität-Fortpflanzung usw.; KUNIGK, S. 36ff, OHLENBURGER-BAUER, S. 5ff; STRÄTZ, FamRZ 1980, S. 302; SIMON, JuS 1980, S. 252; BARTSCH, JR 1979, S. 364; DERLEDER, NJW 1980, S. 546; Familienbericht, S. 13; SCHLÜTER, S. 9f.

19 Die Problematik der Gleichberechtigung und Gleichstellung ist mit der am 15. 12. 1976 eingereichten Volksinitiative «Gleiche Rechte für Mann und Frau» inzwischen zum Gegenstand einer landesweiten Diskussion geworden. Die Anliegen der Initiative werden vom Bundesrat denn auch anerkannt. Aus verschiedenen Gründen erstellte er aber einen Gegenentwurf zur Initiative, welcher in der Volksabstimmung vom 14. 6. 1981 angenommen worden ist, vgl. dazu Botschaft Gleiche Rechte, S. 70f, 148f.

20 Dazu ausführlich KURR, S. 14ff, 61f; KUNIGK, S. 22, 49; OHLENBURGER-BAUER, S. 6.

21 LEMP, Eherecht, Vorbemerkungen 5. Titel N. 7. In der BRD ist dieser Grundsatz sogar gesetzlich vorgeschrieben, vgl. dazu KOSSENDEY, S. 44. Die Verwirklichung dieses Grundsatzes ist auch eines der Hauptziele der Eherechtsrevision, Botschaft Revision Eherecht, S. 1192; CYRIL HEGNAUER, Der Entwurf des neuen Eherechts, SJZ Bd 76 (1980) S. 70.

22 Eherecht, N. 1 zu Art. 160 ZGB.

23 Gemäss Botschaft Revision Eherecht, S. 1202ff, soll sich jedoch auch diese Anschauung gewandelt haben, weil eine rechtliche Unterordnung der Ehefrau unter den heu-

von Arbeitsleistungen unter Ehegatten vom Gleichberechtigungsgrundsatz ausgehen können. Denn in dieser Beziehung sind keine Interessen ersichtlich, die ein Abweichen vom Grundsatz und damit eine Überordnung des Ehemannes über die Frau erfordern, wie sie das Gesetz an andern Orten vornimmt²⁴.

Für die Fälle nun, wo Partner auf der Suche nach Gemeinschaftsformen ohne diese Rollenverteilung eine eheähnliche Gemeinschaft eingegangen sind, könnte die dem Arbeitsvertrag eigene Unterordnungspflicht ein Arbeitsverhältnis zwischen den Partnern als ausgeschlossen erscheinen lassen.

3. *Vereinbarkeit der beiden Verhältnisse*

Wie bereits ausgeführt²⁵ unterscheidet sich die eheähnliche Gemeinschaft in ihrem Gehalt im wesentlichen kaum von der Ehe. Sie hebt sich von der Ehe lediglich darin ab, als sich von der Idee her die Gleichberechtigung der Partner besser durchsetzen lässt, weil die eheähnliche Gemeinschaft nicht auf der beschriebenen, vom Gesetzgeber fixierten, traditionellen Rollenverteilung beruht. Somit besteht zwischen der eheähnlichen Gemeinschaft und der Ehe auch kein Unterschied, was die Problematik Gleichberechtigung in der Lebensgemeinschaft – Unterordnung im Arbeitsverhältnis anlangt. Im folgenden wird deshalb dieser Problemkreis im Bereich der Ehe untersucht. Das Ergebnis lässt sich sodann analog auf die eheähnliche Gemeinschaft anwenden²⁶.

Nach praktisch einmütiger schweizerischer Doktrin hindert die grundsätzliche Gleichberechtigung der Ehepartner in keiner Weise den Abschluss eines Arbeitsvertrages, soweit er sich auf Leistungen erstreckt, die über die eheliche Beistandspflicht hinausgehen²⁷. Ausgehend von der vollen

tigen gesellschaftlichen Bedingungen nach heutiger Auffassung ihrer Personenwürde widerspricht.

24 Z.B. erhalten Ehefrau und Kinder gemäss Art. 161 bzw. 270 ZGB Namen und Stand des Ehemannes; der Ehemann bestimmt nach Art. 160 Abs. 2 ZGB die eheliche Wohnung; nach Art. 162 ZGB ist er der ordentliche Vertreter der Gemeinschaft; nach Art. 331 ZGB übt er als Familienhaupt die Hausgewalt aus. Weitere Beispiele für die Überordnung des Ehemannes sind Art. 164, 167, 168 Abs. 2 ZGB. HEGNAUER, SJZ Bd 76 (1980) S. 71, bezeichnet diese Bestimmungen als Verstoß gegen die Rechtsgleichheit.

25 Vgl. o. 2. Kap. III.

26 So auch KOSSENDEY, S. 45.

27 I LMP, N. 21 zu Art. 159 ZGB und dort erwähnte Literatur; VISCHER, S. 328; MESSERLI, S. 24ff. So auch ausdrücklich Art. 165 Abs. 3 des Entwurfes zu einem neuen Eherecht, vgl. Botschaft S. 1255f; HEGNAUER, SJZ Bd 76 (1980), S. 72. Lediglich im Bereich der Beistandspflicht können nach schweizerischer Doktrin keine Arbeitsverträge geschlossen werden, vgl. dazu VISCHER, S. 328.

Handlungsfähigkeit der Ehegatten ist nämlich zwischen ihnen gemäss Art. 177 Abs. 1 ZGB der Abschluss von Rechtsgeschäften als Ausfluss der in Art. 19 Abs. 1 OR verankerten Vertragsfreiheit grundsätzlich möglich.

Einer davon abweichenden Mindermeinung²⁸, welche die Möglichkeit des Abschlusses eines Arbeitsvertrages mit dem ihm eigenen Subordinationsverhältnis zwischen Ehegatten verneint, hat MESSERLI²⁹ zutreffend entgegengehalten, dass die Unterordnung immer sachlicher und nie persönlicher Natur sei. An dieser Stelle drängt sich nun eine Klarstellung des Begriffs der «persönlichen Unterordnung» auf, wurde er doch bereits oben³⁰ zur Umschreibung der Unterordnung unter die Direktionsgewalt des Arbeitgebers verwendet. Diese Unterordnung ist rein sachlicher Natur und richtet sich jeweils nach der Art der zu verrichtenden Arbeit; sie ist allein organisatorisch und arbeitstechnisch bedingt und geht nie über das zur Abwicklung des Arbeitsvertrages nötige Mass hinaus. So hat denn der Arbeitgeber als Korrelat zu seinem Direktionsrecht dafür zu sorgen, dass die Unterordnung des Arbeitnehmers funktionell und zeitlich im Rahmen der verabredeten Dienstleistungspflicht bleibt und dass die Persönlichkeit des Arbeitnehmers den erforderlichen Schutz geniesst. Denn nach dem geltenden Recht sollen die Vertragsparteien im Arbeitsverhältnis «materiell gleichgestellt und zur weitgehenden gegenseitigen Rücksichtnahme verpflichtet werden³¹». Damit ist der Unterschied zur persönlichen Unterordnung aufgezeigt, wie sie etwa im Kindsverhältnis³², dem Vormundschaftsverhältnis³³ oder in bestimmten, oben³⁴ dargestellten Fragen von der Ehefrau verlangt wird. In diesen Fällen handelt es sich nämlich durchwegs um ein rechtliches Verhältnis, das die *ganze* Persönlichkeit der Betroffenen umfasst³⁵. Anders die rein arbeitstechnisch bedingte arbeitsrechtliche Unterordnungspflicht. Sie lässt sich zweifellos mit dem die Ehe beherrschenden Grundsatz der Gleichberechtigung vereinbaren. Denn nur durch die Tatsache, dass sich ein Ehegatte in einem bestimmten Bereich des Gemeinschaftslebens vertraglich zu einer im Vertragszweck enthaltenen und von diesem gebotenen organisatorisch und technisch bedingten Unterordnung verpflichtet, wird die in den übrigen Lebensbereichen vorausgesetzte Gleichordnung der Ehegatten nicht tangiert³⁶.

28 FREI, S. 49ff; A. PFLEGHART, Der Familienvater als Angestellter seiner Angehörigen, SJZ Bd 19 (1922/23) S. 80, 93.

29 S. 25.

30 Vgl. o. 4. Kap. II 1.

31 GUHL, S. 400.

32 Art. 301ff ZGB.

33 Art. 405ff ZGB.

34 Vgl. o. 4. Kap. N. 24.

35 Ausgenommen davon ist lediglich z. B. die Ausübung höchstpersönlicher Rechte gemäss Art. 19 Abs. 2 ZGB.

36 Dies kommt ganz klar im Entwurf zu einem neuen Eherecht zum Ausdruck, Botschaft Revision Eherecht, S. 1255f.

Diese Grundsätze lassen sich, wie bereits erwähnt³⁷, in gleichem Mass auf die eheähnliche Gemeinschaft übertragen: Trotz der gleichberechtigten Stellung der Partner einer eheähnlichen Gemeinschaft kann auch zwischen ihnen ein Arbeitsvertrag abgeschlossen werden³⁸.

III. Lohnansprüche

An dieser Stelle soll ganz generell geprüft werden, ob dem Partner einer eheähnlichen Gemeinschaft Lohnansprüche für erbrachte Leistungen zustehen. Dies ist klar für den Fall zu bejahen, wo die Partner ihre Leistungen zum Gegenstand eines ausdrücklich oder konkludent geschlossenen Arbeitsvertrages gemacht haben³⁹. Fehlt jedoch zwischen den Partnern jegliche vertragliche Abrede, stellt sich die Frage, ob aufgrund der *praesumptio iuris et de iure* des Art. 320 Abs. 2 OR zwischen den Partnern trotzdem ein Arbeitsvertrag mit den entsprechenden Ansprüchen besteht.

Die hier interessierenden Leistungen der Partner werden im wesentlichen einerseits im häuslichen und andererseits im gewerblichen Bereich, eventuell auch in beiden Bereichen, erbracht. Unter Tätigkeiten im häuslichen Bereich wird die Verrichtung von Arbeiten verstanden, wie sie zur Aufrechterhaltung und Organisation eines gemeinsamen Haushaltes notwendig sind: Einkaufen, Kochen, Reinigung und gegebenenfalls Kindererziehung und -betreuung etc. Nach der vorherrschenden Auffassung in der einschlägigen deutschen Literatur besteht für die im Interesse des gemeinschaftlichen Haushaltes erbrachten Leistungen kein Vergütungsanspruch⁴⁰, ausser die Partner hätten diesbezüglich einen Arbeitsvertrag abgeschlossen⁴¹. Das Fehlen eines solchen Anspruches wird damit begründet, dass einerseits Haushaltsleistungen nicht in Erwartung einer Vergütung erbracht werden, also die Voraussetzungen des Art. 320 Abs. 2 OR nicht erfüllt seien, und dass andererseits auch kein Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung für im Haushalt geleistete Dienste bestehe. Inwiefern diese Auffassungen zutreffen, wird später⁴² zu prüfen sein.

37 Vgl. o. bei N. 26.

38 So auch SCHWAB, in Landwehr, S. 72, der zwischen den Partnern das Bestehen eines Arbeitsverhältnisses für unzweifelhaft möglich erklärt.

39 Vgl. o. 3. Kap. II. 3.

40 STÜCKRADT, S. 52ff; SCHWAB, S. 72ff; OHLENBURGER-BAUER, S. 71; KUNIGK, S. 99; MEIER-SCHERLING, DRiZ 1979, S. 298; STRÄTZ, FamRZ 1980, S. 435.

41 Dies ist ohne weiteres möglich, STÜCKRADT, S. 52; OHLENBURGER-BAUER, S. 69; MEIER-SCHERLING, DRiZ 1979, S. 298. Die abweichenden Auffassungen von DERLEDER, NJW 1980, S. 548 und SIMON, JuS 1980, S. 254, wonach Arbeitsverträge nur im gewerblichen Bereich möglich sein sollten, sind unbegründet.

42 Über die Anwendbarkeit von Art. 320 Abs. 2 OR vgl. u. III. 2.; über die Anwendbarkeit des Bereicherungsrechtes vgl. u. 6. Kap. IV. 4.

An Tätigkeiten im gewerblichen Bereich wird vor allem gedacht bei der Mitarbeit im Gewerbe oder Beruf des Partners oder der Mitarbeit im Interesse eines gemeinsam geführten Geschäftes. Als Beispiele seien die Partnerin eines Arztes angeführt, die im Labor und in der Sprechstunde mithilft; die Sekretärin, die für ihren Partner in dessen Geschäft Büroarbeiten besorgt⁴³; der Gips-Maler, der im Café seiner Gefährtin mitarbeitet⁴⁴; die beiden Partner, die gemeinsam eine Handelsgesellschaft zur Führung eines Fischverarbeitungsbetriebes gegründet haben⁴⁵. Für diese Arbeitsleistungen wird im Gegensatz zur Haushaltarbeit sowohl die Annahme eines Arbeitsvertrages gemäss Art. 320 Abs. 2 OR als auch der Abschluss eines Arbeitsvertrages als durchaus möglich erklärt⁴⁶. Selbstverständlich ist die Zusammenarbeit in diesem Bereich auch auf Grund eines Gesellschaftsvertrages möglich.

1. *Ausdrücklich oder konkludent geschlossener Arbeitsvertrag*

Gemäss Art. 320 Abs. 1 OR bedarf der Einzelarbeitsvertrag zu seiner Gültigkeit keiner besonderen Form und kann ausdrücklich oder konkludent geschlossen werden. Dies gilt auch für die Arbeitsverträge zwischen Partnern einer eheähnlichen Gemeinschaft.

Ausdrücklich oder konkludent geschlossene Arbeitsverträge werden jedoch in eheähnlichen Gemeinschaften die Ausnahme sein. Es dürfte nämlich vielen in einer eheähnlichen Gemeinschaft lebenden Personen widerstreben, ihre Bemühungen und Leistungen füreinander und zur Verwirklichung ihrer Gemeinschaft einer vertraglichen Regelung zu unterwerfen. Die Partner werden sehr oft die damit verbundene «Kommerzialisierung»⁴⁷ ihres Verhältnisses vermeiden wollen⁴⁸. Ein Vertragsschluss wird häufig auch deshalb unterbleiben, weil die Partner dies als ihrem engen persönli-

43 BGE 79 II 168.

44 BGE 87 II 185.

45 NJW 1970, S. 1541.

46 SCHWAB, S. 73; OHLENBURGER/BAUER, S. 62; DERLEDER, NJW 1980 S. 548; MEIER-SCHERLING, DRiZ 1979, S. 298; SIMON, JuS 1980, S. 254. Ähnlich auch STÜCKRADT, S. 64ff, der einen Grundsatz ablehnt, wonach der Einsatz von Kapital oder Arbeit in Beruf oder Geschäft des Partners unentgeltlich erfolge. Vielmehr solle ein Partner am wirtschaftlichen Ergebnis dieses Einsatzes teilhaben, sei es in Form eines Arbeitsentgeltes oder in Form einer gesellschaftlichen Beteiligung. Wie weit sich diese zu begrüssende Forderung durchsetzen lässt, soll ebenfalls nachfolgend (vgl. u. III. 2; 5. und 6. Kapitel) abgeklärt werden.

47 So das Bundesgericht bei der Verneinung eines Lohnanspruches einer Arztgattin für jahrelange Mitarbeit in der Praxis, BGE 82 II 96.

48 SCHWAB, S. 73ff; KOSSENDEY, S. 49, 64. Für das RAG, FamRZ 1959, S. 500, war bereits der Bestand einer eheähnlichen Gemeinschaft an sich Grund genug, das Vorliegen eines Arbeitsverhältnisses zu verneinen.

chen Verhältnis nicht adäquat betrachten und davon ausgehen, sich auf das Wort des Partners verlassen zu können. An die Stelle rechtlichen Zwanges tritt damit das Vertrauen auf eine erteilte Zusage, das jedoch nur bei ausreichender Schutzbedürftigkeit als Anknüpfungspunkt für das Entstehen rechtlicher Bindung in Frage kommt⁴⁹. Die Voraussetzungen, unter denen dieses entgegengebrachte Vertrauen rechtlich schützenswert ist, werden nachfolgend im 6. Kapitel⁵⁰ geprüft.

Gesamthaft gesehen erscheint somit Zurückhaltung in der Anerkennung konkludent geschlossener Verträge geboten, nicht zuletzt deshalb, um einem zu beurteilenden Sachverhalt nicht Gewalt anzutun, indem man ihm einen Parteiwillen unterlegt⁵¹. Es ist deshalb im Einzelfall v. a. erforderlich, zu ergründen, ob das Verhalten der Parteien wirklich als Ausdruck eines Vertragswillens gewertet werden darf. In diesem Zusammenhang kann allein aus der Tatsache, dass die Parteien in einer eheähnlichen Gemeinschaft leben, nichts abgeleitet werden. Wie eingangs erwähnt, könnte gerade dieser Umstand – je nach Einstellung der Partner – dafür sprechen, dass die Partner *keine* vertragliche Regelung gewollt haben. Ein allfällig vorhandener Vertragswille der Parteien müsste somit aufgrund einer subtilen Untersuchung aller Umstände nachgewiesen werden⁵². Ein wichtiges Indiz für das Vorliegen eines Vertragswillens dürfte z. B. dann gegeben sein, wenn die Abrede der Partner für sie erhebliche finanzielle Auswirkungen zeitigt. Dies ist gerade bei der oft anzutreffenden Konstellation der Fall, wo ein Partner ohne durch Berufstätigkeit erzieltetes Einkommen den gemeinsamen Haushalt führt. Berücksichtigt man die objektive Interessenlage⁵³, so ist es ohne weiteres möglich, ein gewichtiges wirtschaftliches Interesse des haushaltführenden Partners und die Erkennbarkeit dieses Interesses für den anderen zu bejahen und damit zur Annahme eines Rechtsbindungswillens zu gelangen⁵⁴. Gerade vom Standpunkt dieses anderweitig nicht erwerbstätigen Partners kann es auch etwa aus Gründen der Selbstbestätigung wichtig sein, dass bei Abreden über die Funktionsteilung, wo über seinen eigenen Wirkungskreis, der seinen Beruf darstellt, entschieden wird, diese Abreden in rechtlich verbindlicher Form getroffen werden⁵⁵. Auch die Form einer Abmachung oder die sie begleitenden Umstände können Indizien für das Vorliegen eines Rechtsbindungswillens liefern⁵⁶.

49 KURR, S. 83.

50 Vgl. u. 6. Kap. VI.

51 KURR, S. 83.

52 So auch SCHWAB, S. 76ff.

53 Z. B. Sozialversicherung.

54 KURR, S. 56.

55 KURR, S. 60.

56 So wird z. B. Schriftlichkeit einer Abrede einen Rechtsbindungswillen indizieren, KURR, S. 64.

Ziel einer solch differenzierten Würdigung muss es sein, bei der Liquidation einer eheähnlichen Gemeinschaft zu verhindern, dass nachträglich die Gemeinschaft in ein System von Arbeits-, Gesellschafts-, Mietverträgen und was der Möglichkeiten noch mehr sein mögen, aufgegliedert wird, ohne dass ein entsprechender effektiver Wille der Parteien festgestellt worden ist. Diese Betrachtungsweise wäre lebensfremd und würde die Tatsache ignorieren, dass dem soziologischen Typus der eheähnlichen Gemeinschaft eben kein rechtlicher entspricht⁵⁷. Das Hauptproblem, das sich beim Scheitern einer langjährigen Gemeinschaft stellt – soziale Sicherheit für die Zukunft –, lässt sich somit nicht durch die Konstruktion nachträglicher Vertragsverhältnisse mit den daraus resultierenden Ansprüchen lösen. Diese Überlegung legt den Schluss nahe, die soziale Sicherheit bis zu einem gewissen Grade bereits während der Dauer der Gemeinschaft durch entsprechende vertragliche Abmachungen zu verwirklichen. So ist es denn auch durchaus möglich und zu empfehlen, dass die Partner ihre gegenseitigen Leistungen ausdrücklich – und nicht nur durch konkludentes Verhalten – vertraglich regeln⁵⁸. Zunächst wird so einer Ausnützung und Übervorteilung des einen Partners durch den andern von Anfang an ein Riegel geschoben⁵⁹. Sodann dürfte eine solche Regelung – erstrecke sie sich nur auf den Haushaltsbereich oder den Gewerbebereich oder auf beide – nur von Vorteil sein, weil damit eine gewisse materielle Sicherstellung desjenigen Partners erreicht wird, der nicht ausserhalb der eheähnlichen Gemeinschaft anderweitige Einkünfte erzielt. Eine solche Sicherstellung wird das grosse Risiko verringern, das eine Frau eingeht, die sich unter Verzicht auf eigene berufliche Entfaltung der Haushaltsführung für ihren Lebensgefährten widmet. Ohne solche während der Dauer der eheähnlichen Gemeinschaft abgeschlossene Verträge bietet die Abgeltung von gegenseitigen Leistungen bei Beendigung des Verhältnisses im Streitfall grösste Schwierigkeiten. Mit dieser Zielsetzung abgeschlossene, einer eheähnlichen Gemeinschaft entspringende Arbeitsverträge laufen auch im weitesten Sinne nicht Gefahr, für unsittlich und damit nichtig erklärt zu werden. Das folgt daraus, dass die eheähnliche Gemeinschaft nach der in dieser Arbeit vertretenen Auffassung an sich nicht unsittlich sein kann⁶⁰ und damit grundsätzlich auch nicht daraus resultierende Verträge. Selbst wenn man diesen Ausgangspunkt ablehnt, könnte eine Vereinbarung, die die Sicherstellung der Partner bezweckt, trotzdem

57 OHLENBURGER-BAUER, S. 69; STÜCKRADT, S. 52ff; SCHWAB, S. 82ff; vgl. o. 1. Kap. bei N. 14; 4. Kap. bei N. 1.

58 SCHLÜTER, S. 32; FAHRENHORST, FamRZ 1980, S. 442.

59 HAUSHEER in ZBJV 116 (1980), S. 102, 106.

60 Vgl. o. 3. Kap. II 3.

nicht unsittlich sein, weil das Bundesgericht gerade diese Sicherstellung im Zusammenhang mit letztwilligen Verfügungen je nach den Umständen sogar als moralische Pflicht betrachtet⁶¹.

2. *Die Vermutung gemäss Art. 320 Abs. 2 OR*

a) *Bedeutung des Art. 320 Abs. 2 OR*

Nach Art. 320 Abs. 2 OR begründet die Annahme von Diensten unter gewissen Umständen die unwiderlegbare Vermutung des Bestehens eines Arbeitsvertrages und demgemäss die Verpflichtung, für die geleistete Arbeit einen Lohn auszurichten. Diese Norm ist keine blosser Auslegungsregel, um z.B. den stillschweigend geäusserten Willen der Vertragspartner zu ergründen. Führt die objektive Würdigung aller Umstände⁶², unter denen Arbeit geleistet und entgegengenommen worden ist, zur Annahme eines Arbeitsverhältnisses, so hat dieses mit allen rechtlichen Auswirkungen Geltung, unabhängig davon, was sich die eine oder andere Partei bei der Arbeitsleistung vorgestellt hat⁶³. Ausgehend vom Prinzip, dass jede Arbeit ihren Lohn wert ist und die Ausnützung einer Arbeitskraft unterbunden werden muss, postuliert VISCHER⁶⁴, wenn nicht besondere Verhältnisse vorliegen, die Anwendung des Art. 320 Abs. 2 OR, da in unserer Zeit in der Regel Arbeit nur in Erwartung des Lohnes geleistet werde. Ob dieses Postulat auch in der Praxis des Bundesgerichtes seine Verwirklichung gefunden hat, soll im folgenden geprüft werden.

b) *Anwendung des Art. 320 Abs. 2 OR in der Praxis des Bundesgerichtes*

Das Bundesgericht sprach Stiefkindern, welche ihrem Stiefvater bei der Bewirtschaftung des Heimwesens geholfen hatten, einen Lohnanspruch gemäss Art. 320 Abs. 2 OR mit der Begründung zu, dass damit dem Postulat der Billigkeit entsprochen werde, wonach die für den Stiefvater nützliche und sein Vermögen vermehrende Arbeit durch eine Vergütung belohnt wer-

61 Vgl. o. 3. Kap. bei N. 19; gl.M. KUNIGK, S. 117.

62 MESSERLI, S. 47ff, gibt für den Bereich der Ehegattenmitarbeit eine Übersicht von relevanten Umständen, die auch für die eheähnliche Gemeinschaft herangezogen werden können.

63 SCHWINGRUBER, N. 5 zu Art. 320 OR; REHBINDER, S. 36; VISCHER, S. 326 und dort zitierte Literatur; BECKER, N. 18 zu Art. 319a OR und von TUHR/PETER, die von einer fingierten Willenserklärung sprechen, Bd. I/1, S. 165; a.M. GUHL, S. 387, der die Meinung vertritt, dass Art. 320 Abs. 2 OR den stillschweigenden Vertragsschluss be-

64 S. 326.

den müsse. Gegen die Anwendbarkeit des Art. 320 bestanden keine Bedenken, weil Stiefkinder weder Unterstützungs- noch Erbansprüche gegen ihren Stiefvater haben⁶⁵.

In BGE 70 II 28ff verneinte das Bundesgericht den Lohnanspruch eines Sohnes, der seiner Mutter in den letzten Jahren ihres Lebens so erhebliche Dienste⁶⁶ erwiesen hatte, dass daraus sogar eine Einschränkung seiner geschäftlichen Tätigkeit mit entsprechender Umsatzeinbusse resultierte. Die Voraussetzungen von Art. 320 OR wurden mit der Begründung verneint, dass die Tätigkeit des Sohnes ihre ganz natürliche Erklärung und Rechtfertigung im Verhältnis der Verbundenheit und Anhänglichkeit fände, das zwischen ihm und seiner Mutter bestand. Ausserdem wurden seine Dienste als Erfüllung der sittlichen und rechtlichen Beistandspflicht zwischen Eltern und Kindern gemäss Art. 272 ZGB betrachtet.

Anders urteilte das Bundesgericht in einem ähnlich gelagerten Fall⁶⁷. Es bejahte⁶⁸ den Lohnanspruch der Witwe eines Bäckers, der im väterlichen Bäckergeschäft während 9 Jahren gegen Kost und Logis sowie ein Taschengeld, aber ohne Lohn gearbeitet hatte. Das Gericht erklärte, dass zu den «Umständen» gemäss Art. 320 Abs. 2 OR auch die Beziehungen unter den Beteiligten gehören, wobei familienrechtliche Bande nicht allgemein gegen die Entgeltlichkeit sprächen. Diese seien vielmehr von Fall zu Fall und in Verbindung mit den übrigen Tatsachen zu würdigen. Diese Würdigung ergab, dass ein mündiger Mann, ohne familienrechtlich dazu verpflichtet zu sein, nicht jahrelang unentgeltlich zu Hause arbeitet. Nur schon die Zukunftsvorsorge lege es ihm nahe, nur gegen Entgelt zu arbeiten. Ausserdem habe der Sohn damit rechnen dürfen, dass das väterliche Geschäft auf ihn übergehen und dadurch seinen Diensten angemessen Rechnung getragen würde. Diese Überlegungen führten zu einer Bejahung von Lohnansprüchen. Der Entscheid wurde in BGE 95 II 126 bestätigt.

Bei der Beurteilung von Arbeitsleistungen der Ehefrau für ihren Mann wendet das Bundesgericht Art. 320 Abs. 2 OR grundsätzlich nicht an. Diese Auffassung wird von der Doktrin mehrheitlich geteilt. Grund für diese Praxis sei die Tatsache, dass die Ehefrau in Erfüllung der ehelichen Beistandspflicht arbeitet und in den Genuss der Früchte ihrer Tätigkeit kommt, weil sich die Lebenshaltung der Familie hebt. Ebenfalls ist die Ehefrau unter dem gesetzlichen Güterstand am Zuwachs des ehelichen Vermö-

65 BGE 67 II 203ff.

66 Gartenarbeit, Ausbesserungsarbeiten am Hause, Pflege der Mutter mit grosser Hingabe.

67 BGE 90 II 445 = Pr 54 Nr. 34.

68 Gestützt auf Art. 320 Abs. 2 OR.

gens im Falle der Auflösung der Ehe beteiligt und besitzt zudem eine erbrechtliche Anwartschaft.

Leistet ein Ehemann im Betrieb seiner Frau Arbeit, kommt ihm die Vermutung des Art. 320 Abs. 2 OR zugute, weil er bei der Auflösung der Ehe keinen güterrechtlichen Anspruch hat, da der Geschäftsbetrieb der Ehefrau und dessen Ertrag nach Art. 191 Ziff. 2 ZGB zum Sondergut gehört⁶⁹.

Die widersprüchliche Praxis des Bundesgerichtes betreffend Arbeitsleistungen zwischen Partnern einer eheähnlichen Gemeinschaft ist bereits oben⁷⁰ dargestellt worden. Bevor auf sie näher eingegangen wird, soll versucht werden, die Bundesgerichtspraxis zu Art. 320 Abs. 2 OR in ihren Grundzügen zu erfassen:

– Gestützt auf Art. 320 Abs. 2 OR versucht das Bundesgericht, Härtefälle aus Billigkeitsgründen zu vermeiden. Ein Härtefall liegt vor, wenn jemand keinen Lohn verlangt hat, weil er darauf zählte, später auf andere Weise entschädigt zu werden, sich aber in dieser berechtigten Erwartung infolge eines unvorhergesehenen Ereignisses enttäuscht sieht.

– Familienrechtliche Bande zwischen den Beteiligten hindern eine Anwendung von Art. 320 Abs. 2 OR grundsätzlich nicht. Sind jedoch Arbeitsleistungen in Erfüllung einer sittlichen oder familienrechtlich begründeten Pflicht erbracht worden, greift Art. 320 Abs. 2 keinen Platz. Gestützt auf diese Überlegung wird vor allem der Lohnanspruch der Ehefrau für die Mitarbeit im Betrieb des Ehemannes verneint.

c) *Kritik an der Rechtsprechung des Bundesgerichtes*

Die bundesgerichtliche Rechtsprechung versucht grundsätzlich, dem eingangs erwähnten Postulat gerecht zu werden, wonach jede Arbeit ihren Lohn wert sein soll. Zwei wichtige Personengruppen werden jedoch benachteiligt: Die Ehefrauen und die Partner einer eheähnlichen Gemeinschaft.

Die Rechtsprechung bezüglich Ehefrauenmitarbeit ist, wie erwähnt⁷¹, auf ausführliche Kritik gestossen, auf welche verwiesen wird und welche nicht zuletzt im Entwurf für ein neues Eherecht ihren Niederschlag gefunden hat, indem Art. 165 Abs. 1 ZGB einem Ehegatten, der über seine Beistandspflicht hinaus mitgearbeitet hat, einen Anspruch auf angemessenen Ausgleich einräumt. Nachfolgend soll zur Praxis des Bundesgerichtes

69 Ausführlich dargestellt und kritisiert haben diese Praxis und Doktrin vor allem MESERLI, S. 19ff, 63ff sowie VISCHER, S. 327ff und Botschaft Revision Eherecht, S. 1255.

70 Vgl. o. I. Kap. N. 17, 18.

71 Vgl. o. N. 69.

betreffend Arbeitsleistungen zwischen Partnern einer eheähnlichen Gemeinschaft Stellung genommen werden.

In BGE 79 II 168 waren die Umstände, die die Entgeltlichkeit der Leistungen einer «Mätresse» bejahen liessen, einmal die, dass sie im Geschäftsbetrieb ihres Partners mitgearbeitet hat. Es sei nämlich nicht üblich, dass im Geschäftsleben unentgeltlich gearbeitet werde. Zudem verrichte jemand, der seinen Lebensunterhalt verdienen müsse, in der Regel nur Arbeit bei einem andern, um einen Lohn dafür zu erhalten. Sodann fand das Gericht unter Bezugnahme auf die Praxis zur Ehefrauenmitarbeit, dass gerade in der eheähnlichen Gemeinschaft die arbeitende Partnerin die Vorteile der arbeitenden Ehefrau nicht besitze, was wiederum auf die Entgeltlichkeit von deren Arbeit schliessen lasse. Dieser Entscheid lag somit ganz auf der Linie des Bundesgerichtes, aus Billigkeitsgründen Härtefälle zu vermeiden. Insbesondere konnte damit dem eminent wichtigen Bedürfnis nach sozialer Sicherheit eines Partners nach Scheitern der Gemeinschaft⁷² Rechnung getragen werden. Die Anwendung von Art. 320 OR, eine *præsumptio iuris et de iure*, bei der es auf den Willen der Parteien nicht ankommt, hatte zudem den Vorteil, dass gerade in Gemeinschaften, wo die Partner ursprünglich zur Vermeidung einer Kommerzialisierung keine Regelung ihrer Leistungen getroffen haben⁷³, nachträglich doch noch ein Lohn zuerkannt werden konnte. Voraussetzung für diese vom Bundesgericht vor allem in BGE 95 II 126 bejahte Anwendung des Art. 320 OR ist natürlich, dass die Partner nicht stillschweigend oder ausdrücklich eine arbeitsvertragliche Regelung getroffen haben. Diesfalls bestünde selbstverständlich für die Vermutung des Art. 320 OR kein Raum.

Mit BGE 87 II 164 wich das Bundesgericht leider wieder von seiner Praxis ab. Unter nicht ganz einwandfreier Bezugnahme auf OSER/SCHÖNENBERGER, wonach Art. 320 Abs. 2 OR erfüllt sei, wenn bei objektiver Würdigung der Umstände das Entgelt *als einzig möglicher Grund* für die Arbeitsleistung erscheint⁷⁴, wies das Bundesgericht den Lohnanspruch des Gipser-Malers⁷⁵ ab, da er seine Dienste nicht in Erwartung eines Entgeltes, sondern wegen der engen persönlichen Beziehungen erbracht habe. Wie bereits bei

72 Vgl. o. bei N. 58, 59.

73 Vgl. o. bei N. 48.

74 OSER/SCHÖNENBERGER wiederholen nämlich in N. 6 zu Art. 320 OR lediglich den Gesetzestext. Darauf kann die derart absolute Formulierung des Bundesgerichtes nicht gestützt werden. Richtigerweise führt VISCHER, S. 326, gestützt auf das erwähnte Zitat aus, dass Art. 320 Abs. 2 OR erfüllt sei, wenn unter Berücksichtigung aller Umstände der Lohn, wenn *auch nicht als einziger*, so doch als wichtigster Grund der Arbeitsleistung anzusehen ist.

75 Vgl. o. I. Kap. N. 18.

der Würdigung des stillschweigenden Vertragsschlusses erläutert⁷⁶, kann aus der Tatsache allein, dass die Parteien in einer eheähnlichen Gemeinschaft leben, nicht gefolgert werden, die Partner arbeiteten unentgeltlich füreinander. Das Gegenteil ist gerade so gut möglich. Zutreffend verlangte deshalb Merz⁷⁷ eine differenzierte Würdigung des Einzelfalles, wobei er immerhin dazu neigt, dass der Grundsatz der Entschädigung den Beteiligten normalerweise als gegeben erscheine, und dass nur die besondere Natur ihrer Verbindung der regelmässigen und arbeitsvertragskonformen Abgeltung im Wege stehe. Damit wird im übrigen auch dem von Vischer vertretenen Postulat, im Zweifel für die Anwendbarkeit von Art. 320 Abs. 2 OR zu entscheiden, Rechnung getragen⁷⁸.

Auch nicht weiter hilft das Argument des Bundesgerichtes, wonach durch die Arbeit der Partner füreinander beide an der dadurch gehobenen Lebenshaltung teilnehmen. Es ist zuzugeben, dass im konkreten Fall dieser Umstand für eine Unentgeltlichkeit sprechen kann. Er muss dies aber nicht. Auch der oben erwähnte Bäckerssohn hat mit seiner Mitarbeit zur Hebung des Lebensstandards beigetragen, an dem er auch teilgenommen hat, da er im elterlichen Haus lebte.

Sodann kann auch daraus nichts abgeleitet werden, dass der Partner einer eheähnlichen Gemeinschaft nicht wie der Ehegatte in Erfüllung einer gesetzlichen Beistandspflicht, sondern freiwillig seine Leistungen erbringt. Es seien als Beispiele dafür wiederum der Bäckerssohn oder die beiden Stieftöchter herangezogen. Selbst wenn ein Partner aus gefühlsmässigen Gründen Arbeit leistet, darf daraus nicht geschlossen werden, dass damit nicht die Erwartung von Gegenleistungen verbunden sein kann. Im Fall des Bäckerssohnes bzw. der Ehefrau, die im Geschäftsbetrieb der von ihrem Mann und seinem Vater gebildeten Kollektivgesellschaft mitarbeitete⁷⁹, durften die Arbeitnehmer z. B. die Übergabe des elterlichen Geschäftes bzw. den Übergang des erarbeiteten Vermögens an den Ehemann und damit eine indirekte Teilnahme daran erwarten⁸⁰.

Als äusserst fragwürdig erscheint sodann der Kuntgriff des Bundesgerichtes, mit welchem es die Begründung im Entscheid BGE 79 II 168 aus

76 Vgl. o. III 1.

77 ZBJV 98 (1962), S. 471ff; ebenso GUHL, S. 408.

78 Im übrigen verweist MERZ auf die differenzierte Würdigung des eheähnlichen Verhältnisses durch das Bundesgericht im Zusammenhang mit der Rechtsprechung zum Mätressentestament und glaubt, dass die Anwendung jener Grundsätze auf die entschädigungsrechtlichen Fragen gemäss Art. 320 Abs. 2 OR ebenfalls zu vernünftigen Lösungen führen werden. Dem ist unter Hinweis auf die vorne (3. Kap. II 1.) gezogenen Schlüsse aus der Rechtsprechung zum Mätressentestament zuzustimmen.

79 BGE 95 II 126.

80 Gerade um die durch das Fehlschlagen der Erwartung entstandene Härte zu mildern, wandte das Bundesgericht Art. 320 Abs. 2 OR an.

der Welt zu schaffen sucht, wonach der Geliebten ein Lohnanspruch zustehe, weil sie nicht wie die Ehefrau durch Vorschlagsbeteiligung und Erbberechtigung am Erfolg ihrer Arbeit teilhabe. Gegen diese in jeder Hinsicht stichhaltige Begründung führt das Bundesgericht an, dass die in Gütertrennung lebende Ehefrau auch keine güterrechtlichen Ansprüche habe und deswegen trotzdem keine Lohnforderung stellen könne. Einem nicht verheirateten Partner nun Lohnansprüche zugestehen, hiesse, ihn besser als die in Gütertrennung lebende Ehefrau stellen, was nicht angehe. MERZ⁸¹ warf deshalb die Frage auf, ob nicht «die Verbesserung der Rechtsstellung des legitimen, nicht eine Verschlechterung des illegitimen Partners angezeigt sei»⁸². Wie bereits erwähnt, wird nun diese Verbesserung im Entwurf zum neuen Eherecht angestrebt. Im Sinne dieser Bestrebungen müsste auch die Bundesgerichtspraxis zur Ehefrauenmitarbeit neu überdacht werden, was heute, beinahe 20 Jahre nach BGE 87 II 164 eine «arbeitnehmer»-freundlichere und zeitgemässere Rechtsprechung zu Arbeitsleistungen innerhalb einer eheähnlichen Gemeinschaft ermöglichen würde – eine Rechtsprechung, die dann durch Objektivität anstatt durch pönale Absichten zu überzeugen vermöchte.

Die Auseinandersetzung mit dieser Rechtsprechung zeigt die Unmöglichkeit, allgemeingültig festlegen zu können, ob Art. 320 Abs. 2 OR auf eine eheähnliche Gemeinschaft Anwendung findet oder nicht. Sämtliche Autoren sind sich darüber einig, dass nur eine differenzierte Beurteilung des Einzelfalles, gestützt auf das Vertrauensprinzip und auf Billigkeitsüberlegungen⁸³, zu vernünftigen Lösungen führt⁸⁴. Wie bereits angedeutet, sollte dabei, wenn immer möglich, der Verwirklichung der Postulate: Sicherstellung für die Zukunft, jede Arbeit ist ihren Lohn wert, Vermeidung von Härtefällen, besondere Aufmerksamkeit geschenkt werden. Anhand der durch die Doktrin und Praxis zu Art. 320. Abs. 2 OR ganz allgemein herausgearbeiteten Kriterien dürfte dies im konkreten Fall möglich sein⁸⁵. Ein grosser Schritt in diese Richtung wäre insbesondere dann getan, wenn nicht auf die persönliche Verbundenheit der Partner, sondern auf die herrschende Verkehrsanschauung abgestellt würde, wonach die Entgeltlichkeit einer Arbeitsleistung anzunehmen ist, sobald sie den Rahmen familienrechtlicher Beistandspflichten überschreitet⁸⁶. Mangels einer familienrechtlichen Bei-

81 ZBJV 98(1962), S. 471.

82 Ebenso VISCHER, S. 330 und Appellationsgericht Basel-Stadt in BJM 1958, S. 338.

83 «Umstände» als Verweis auf Art. 4 ZGB.

84 Ebenso BRÜHWILER, N. 6 zu Art. 320 OR.

85 Vor allem OSER/SCHÖNENBERGER geben in N. 7ff zu Art. 320 OR eine gute Übersicht der in der Rechtsprechung verwendeten Kriterien.

86 Das Bundesgericht selber hat die Ansätze zu einer solchen Betrachtung geschaffen; vgl. o. bei N. 68.

standspflicht innerhalb einer eheähnlichen Gemeinschaft wären somit zwischen den Partnern geleistete Dienste als zum vorneherein entgeltlich zu vermuten⁸⁷.

Die bisher angestellten Überlegungen treffen auf die Tätigkeiten im häuslichen Bereich⁸⁸ nicht zu. In diesem Bereich kommt nämlich die Anwendung von Art. 320 Abs. 2 OR zum vorneherein nicht in Betracht. Zunächst trifft diese Bestimmung auf die Haushaltsarbeit schon ihrem gesamten Sinn und Wortlaut nach nicht zu. Insbesondere kann nicht von «Dienst auf Zeit» gesprochen werden:

Es wird einfach die Arbeit verrichtet, die im Interesse des Haushaltes nötig ist, ungeachtet dessen, wie lange sie dauert. Sodann kann der Partner einer eheähnlichen Gemeinschaft, der keine Haushaltsarbeit verrichtet, unmöglich als Arbeitgeber bezeichnet werden. Der haushaltführende Partner wird nämlich seine Arbeit in der Regel selbständig und nur den Erfordernissen des Haushaltes entsprechend verrichten. Und diese Erfordernisse werden ja gerade auch wieder durch die Bedürfnisse des haushaltführenden Partners geprägt. Insofern fehlt sowohl die Eigenschaft eines Arbeitnehmers als auch ein Unterordnungsverhältnis. Der haushaltführende Partner erbringt nämlich seine Leistungen nicht nur für den andern, sondern im gleichen Masse auch für sich selbst.

Ganz abgesehen von diesen Überlegungen kann nicht angenommen werden, dass die Führung eines Haushaltes nach den Umständen nur gegen Lohn zu erwarten ist. Im Gegenteil wird man davon ausgehen dürfen, dass in diesem, die eheähnliche Gemeinschaft erst ermöglichenden Bereich Leistungen aufgrund der engen persönlichen Beziehung der Partner erbracht werden. Mit der erwähnten deutschen Doktrin⁸⁹ kann gesagt werden, dass diese Leistungen gewöhnlich im Hinblick auf die als gleichwertig angesehenen Leistungen des andern Partners und nicht im Hinblick auf Bezahlung erbracht werden. Der eine Partner besorgt den Haushalt und betreut den andern Partner, während dieser die notwendigen Mittel für den gemeinsamen Unterhalt besorgt, wobei sich diese Leistungen die Waage halten⁹⁰.

87 So auch REHBINDER, S. 36.

88 Vgl. o. bei N. 40, 41.

89 Vgl. o. bei N. 40, 41.

90 Diese Auffassung findet auch in Art. 163 Abs. 2 ZGB des Entwurfes zum neuen Ehe-recht seinen Niederschlag. Die Arbeit im Haushalt wird als den Geldleistungen völlig gleichwertige Art des Beitrages zum Unterhalt der Familie gewertet, Botschaft Revision Ehe-recht, S. 1251. Ebenso die Studie des BSF/BWI, S. 80f, wonach die Haus-haltsarbeit ein gleichwertiger Beitrag an den Unterhalt der Familie ist wie die Erwerbs-arbeit, welcher sie gleichrangig zu stellen ist und mit welcher sie eine Einheit und partnerschaftliche Gesamtleistung darstellt. Eine ähnliche Wertung des Gesetzgebers liegt übrigens auch Art. 322 Abs. 2 OR zu Grunde, wonach Kost und Logis im Haus-halte des Arbeitgebers einen Teil des Arbeitslohnes darstellen. Ebenso MEIER-SCHER-

Dieser Meinung hat sich denn auch das Bundesgericht in einem Entscheid vom 2. November 1945 angeschlossen, in dem es der «Konkubine» für die normalerweise der Ehefrau obliegenden Arbeiten im Haushalt keinen Lohnanspruch zubilligte⁹¹.

Die daraus sich ergebenden Konsequenzen sind jedoch hart, kann doch ein Partner, der sich jahrelang der Haushaltsführung unter Verzicht auf berufliche Tätigkeit gewidmet hat, bei der Auflösung der Gemeinschaft für seine Dienste aus Arbeitsvertrag keine Entschädigung verlangen. Ob dies gegebenenfalls unter bereicherungsrechtlichen Aspekten möglich ist, wird nachfolgend⁹² untersucht. Ergebnis dieser Überlegungen ist somit, dass die Partner mit Vorteil auch Tätigkeiten im gemeinsamen Haushalt einer vertraglichen Regelung unterwerfen sollten. Dies gilt vor allem in Fällen, wo sie auch anderweitig keine Vorkehrungen getroffen haben, um das Sicherheitsbedürfnis eines Partners zu befriedigen. Mit einem vertraglich vereinbarten Lohnanspruch für die Hausarbeit wäre diesbezüglich immerhin eine Mindestgarantie gegeben.

Eine solche Regelung hätte ausserdem sozialversicherungsrechtliche Vorteile, insbesondere bezüglich AHV/IV/EO und Arbeitslosenversicherung (ALV). Da diese Versicherungen für jeden Arbeitnehmer obligatorisch sind und von ihm und seinem Arbeitgeber je hälftige Beitragszahlungen verlangen⁹³, erlangt der haushaltführende Partner einen erhöhten Schutz für das Alter und eine gewisse Absicherung für den Fall der Auflösung der Gemeinschaft. Seine AHV-Rente wird sich nämlich dank den Beitragsleistungen seines «Arbeitgeber-Partners» erhöhen. Falls die Partner auch das Rentenalter zusammen verbringen, sind sie ausserdem durch den Bezug ihrer zwei einfachen Renten gegenüber einem Ehepaar besser gestellt, welches nur 150% der dem massgebenden durchschnittlichen Jahreseinkommen entsprechenden einfachen Altersrente erhält. Die arbeitsvertragliche Regelung hat zudem den Vorteil, dass der haushaltführende Partner im Falle der Auflösung der eheähnlichen Gemeinschaft gegenüber der Arbeits-

LING, DRiZ 1979, S. 298. SCHLÜTER, S. 30, betrachtet die Zuwendungen zur Deckung des täglichen Lebensbedarfes als freiwillige Unterhaltsleistungen, die insbesondere dem haushaltführenden Partner gegenüber aufgrund einer sittlichen Pflicht, aus Solidarität oder zur Fortsetzung der Gemeinschaft erbracht werden. Zur neueren Rechtsprechung des BGH, wonach die finanziellen Beiträge des nichthaushaltführenden Partners ein Entgelt für die Haushaltsführung des andern darstellen, unabhängig davon, ob die Partner entsprechende Absprachen getroffen haben, vgl. NJW 1980, S. 1688; u. bei N. 97.

91 JT 94 I 176.

92 6. Kap.

93 Art. 1 Abs. 1 lit. b, Art. 5 Abs. 1, Art. 13 AHVG, Art. 1 Abs. 1 lit. a ALVB.

losenversicherung Ansprüche auf Arbeitslosenentschädigung geltend machen könnte, sofern die Voraussetzungen dafür gegeben sind⁹⁴.

4. *Entgeltlicher Arbeitsvertrag*

Haben die Partner einer eheähnlichen Gemeinschaft ihre Dienstleistungen füreinander vertraglich geregelt, besteht zwischen ihnen ein Einzelarbeitsvertrag mit allen rechtlichen Konsequenzen wie Treue- und Fürsorgepflicht, Pflicht zur Arbeitsleistung und Recht auf Entlohnung. Im Falle eines ausdrücklich geschlossenen Arbeitsvertrages werden die Parteien in der Regel auch den Lohn bestimmen. Sollte dies ausnahmsweise nicht der Fall sein, ist nach Art. 322 Abs. 1 OR der übliche Lohn zu entrichten, d.h. der Lohn, der am Arbeitsort für die in Frage stehende Arbeit unter Berücksichtigung der persönlichen Verhältnisse im allgemeinen bezahlt wird⁹⁵. Hauptanwendungsgebiet dieser Bestimmung werden die Fälle sein, wo die Partner stillschweigend einen Arbeitsvertrag geschlossen haben. Diesfalls ist ja den Parteien nur klar, dass zwischen ihnen ein Arbeitsvertrag besteht, aber nicht, mit welchen Bedingungen. Die abweichende Meinung DERLEEDERS⁹⁶, wonach sich der Wert von Haushalt- und Betreuungsarbeit mangels eines entsprechenden Marktes nicht anhand von Marktpreisen berechnen, sondern nur willkürlich – etwa in Relation zum Haushaltseinkommen – festsetzen lasse, ist abzulehnen. Gestützt auf Art. 322 Abs. 1 OR *muss* sich ein üblicher Lohn berechnen lassen. Der Tatsache der Hausgemeinschaft kann über Abs. 2 dieser Bestimmung Rechnung getragen werden. Zu diesem Ergebnis gelangt auch die Studie des BSF/BWI⁹⁷, welche die Grundlage abgeben will für allgemeingültige, fundierte Richtlinien zur Ermittlung eines Geldwertes für die Haushaltarbeit. Diese Grundsätze hat auch der BGH in zwei neuesten Entscheiden⁹⁸ bestätigt, wo er zu prüfen hatte, ob sich ein Unterhaltsberechtigter, der in eheähnlicher Gemeinschaft mit einem neuen Partner lebt und diesem im Haushalt Leistungen erbringt, unter dem Gesichtspunkt von § 1579 BGB für diese Dienstleistungen eine Vergütung anrechnen lassen muss. Prinzipiell hielt das Gericht zunächst fest, dass im allgemeinen die gesamten Zuwendungen und Beiträge des Partners zur Abgeltung der haus-

94 Zur Pflicht zur Bezahlung von Arbeitgeberbeiträgen an die Sozialversicherungen unabhängig vom Bestand eines Arbeitsvertrages und der daraus resultierende Schutz vgl. u. 9. Kap. III.

95 REHBINDER, S. 56; SCHWENGRUBER, S. 75ff, führt einige Faktoren wie z. B. Gesamtarbeitsverträge zur Lohnermittlung an und gibt auch eine Zusammenstellung von möglichen Lohnarten. Vgl. dazu auch VISCHER, S. 364.

96 NJW 1980, S. 547 N. 30.

97 S. 1, 80f.

98 NJW 1980, S. 124ff und S. 1686ff.

wirtschaftlichen Tätigkeit und sonstigen Versorgung bestimmt sein werden, weshalb diesen Leistungen ein wirtschaftlicher Wert zukomme, der beim haushaltführenden, gegenüber einem Dritten unterhaltsberechtigten Partner als Einkommen berücksichtigt werden müsse⁹⁹. Zur Berechnung der Höhe dieses Einkommens verwies das Gericht sodann auf die Richtsätze, die auf die gegebenen Verhältnisse abgestellt sind und der Lebenserfahrung entsprechen, soweit nicht im Einzelfall besondere Umstände eine Abweichung bedingen – Richtsätze also, die genau der im Art. 322 Abs. 1 OR verkörperten Idee entsprechen¹⁰⁰.

5. *Unentgeltlicher Arbeitsvertrag*

Nach nahezu einheitlicher deutscher Doktrin gehört die Entgeltlichkeit der vereinbarten Arbeitsleistung nicht zum Wesen des Arbeitsvertrages¹⁰¹. Dies gilt für das schweizerische Recht nicht, denn nach klarem Wortlaut des Gesetzes¹⁰² ist wesentliches Begriffsmerkmal des Arbeitsvertrages seine Entgeltlichkeit¹⁰³. Nur in sachlich gerechtfertigten Ausnahmefällen wird das Erbringen einer Arbeitsleistung ohne Vergütung im Rahmen eines Arbeitsvertrages als zulässig betrachtet¹⁰⁴. Für solche Verträge befürworten VISCHER und OSER/SCHÖNENBERGER¹⁰⁵ die analoge Anwendung der Vorschriften des Arbeitsvertrages¹⁰⁶. Aufgrund dieser Situation stellt sich die Frage, wie eine Vereinbarung zu qualifizieren ist, wonach ein Partner einer eheähnlichen Gemeinschaft dem andern unentgeltlich Dienste erbringt. Diese Konstellation dürfte gar nicht so selten sein, liegt es doch im Wesen der eheähnlichen Gemeinschaft, dass füreinander Leistungen bewusst ohne Vergütung erbracht werden, um die Lebensgemeinschaft zu verwirklichen.

99 Dies hat zur Folge, dass der unterhaltsberechtigte Partner sich dieses Einkommen auf seinen Unterhaltsanspruch anrechnen lassen muss, und zwar auch wenn es nicht erzielt worden ist und insofern fiktiv bleibt; vgl. dazu die Besprechung des Entscheides BGH NJW 1980, S. 1686ff von UWE DIEDERICHSEN, NJW 1980, S. 1672. Ähnlich für das schweizerische Recht HINDERLING, S. 84, wonach eine Bedürftigkeit gemäss Art. 152 ZGB des geschiedenen Partners entfällt, solange sein neuer Partner für den Unterhalt aufkommt. Vgl. hierzu auch FINGER, JZ 1981, S. 501.

100 In diesem Zusammenhang ist ein Urteil des OLG München (FamRZ 1979, S. 34) aufschlussreich, das den Versorgungsaufwand einer Partnerin in einer eheähnlichen Gemeinschaft auf täglich 2 Std. à DM 6.— festlegte.

101 KOSSENDEY, S. 50ff mit zahlreichen weiteren Nachweisen.

102 Art. 319 Abs. 1 OR.

103 REHBINDER, S. 31; SCHWEINGRUBER, S. 29; VISCHER, S. 287.

104 Z. B. Volontaire, freiwillige Helfer bei kirchlichen, karitativen oder sozialen Institutionen etc.

105 S. 288 bzw. N. 15 zu Art. 319 OR.

106 Auch SCHWEINGRUBER spricht von einer Annäherung an das Arbeitsvertragsrecht, indem in solchen Fällen als Entgelt doch gewisse Vorteile vereinbart seien.

Eine solche Vereinbarung könnte einen unentgeltlichen Auftrag darstellen, was aufgrund der konkreten Umstände des Einzelfalles zu überprüfen ist¹⁰⁷. Doch dürfte sie eher als sachlich gerechtfertigter Ausnahmefall einer Arbeitsleistung ohne Vergütung qualifiziert werden¹⁰⁸. Die sachliche Rechtfertigung ist im besonderen persönlichen Verhältnis zwischen den Vertragsparteien und den Motiven für die Erbringung der Leistung begründet.

Ebenso oft aber werden auch Fälle vorkommen, wo die Partner einander Dienste ohne besondere Vereinbarung und Verpflichtung erbringen, sei es aus Gefälligkeit, sei es in Form einer einseitigen Zuwendung. Sowohl die Annahme des unentgeltlichen Vertrages als auch die der blossen Gefälligkeit oder der einseitigen Zuwendung hat zur Folge, dass die Partner bei Auflösung ihrer Gemeinschaft keine Ansprüche auf ein nachträgliches Entgelt für die geleisteten Dienste erheben können¹⁰⁹.

6. *Faktischer Arbeitsvertrag*

Es steht fest, dass die Partner einer eheähnlichen Gemeinschaft über ihre gegenseitigen Dienste gültige Verträge schliessen können¹¹⁰. Auch ein solcher Vertrag kann an Mängeln leiden, die seine Ungültigkeit nach sich ziehen würden¹¹¹. Gerade beim Scheitern einer eheähnlichen Gemeinschaft wäre es durchaus denkbar, dass sich zum Beispiel ein Partner seiner arbeitsvertraglich festgelegten Lohnzahlungspflicht mit der Begründung entziehen wollte, es handle sich um eine Lohnabrede für Dienste, die sich aus einem unsittlichen Verhältnis ergeben hätten¹¹².

Sollte sich das Verhältnis nachträglich tatsächlich als sittenwidrig herausstellen, weil die eingeklagte Vergütung in Wirklichkeit als pretium stupri vereinbart war¹¹³, ist eine Berufung auf Art. 320 Abs. 3 OR in Anwendung von Art. 20 Abs. 1 OR ausnahmsweise nicht möglich¹¹⁴. Der Schutz einer solchen Forderung verträge sich im übrigen auch nicht mit dem Zweck des Art. 320 Abs. 3 OR, welcher in der Verwirklichung des Vertrauensschut-

107 REHBINDER, S. 32; BRÜHWILER, N. 7 zu Art. 319 OR.

108 Von der Lohnzahlungspflicht abgesehen zieht eine solche Qualifikation die sonstigen Arbeitgeberpflichten nach sich, wobei insbesondere an die Versicherungspflicht zu denken ist.

109 Vgl. dazu 6. Kap.

110 Vgl. o. 3. Kap. II 3.

111 Verstoss gegen gesetzliche Vorschriften, Form- und Willensmängel etc.

112 In Anbetracht der dargestellten Gerichtspraxis erscheint die Argumentation als gar nicht so abwegig, vgl. o. 3. Kap. II.

113 Dann wird man aber regelmässig nicht mehr von einer eheähnlichen Gemeinschaft sprechen können, weil deren Wesen solche Vereinbarungen an sich ausschliesst.

114 REHBINDER, S. 38.

zes bzw. Sozialschutzes¹¹⁵ liegt. Wird das Verhältnis der Parteien nachträglich nicht als unsittlich beurteilt, was bei einer wirklichen eheähnlichen Gemeinschaft immer der Fall ist, hat die entsprechende Einrede des auf Lohn belangten Partners zum vorneherein keinen Erfolg. Die Anwendung von Art. 320 Abs. 3 OR stellt sich dann gar nicht¹¹⁶.

5. Kapitel: Andere vertragliche Entschädigungsansprüche gegen den Partner einer eheähnlichen Gemeinschaft

I. Einleitung

Im vorangehenden Kapitel wurden Lohnansprüche der Partner einer eheähnlichen Gemeinschaft gegeneinander behandelt, die aufgrund eines ausdrücklich oder stillschweigend vereinbarten Arbeitsvertrages oder aufgrund der gesetzlichen Fiktion des Art. 320 Abs. 2 OR entstanden sind. Unter Lohn wurde dabei eine Geldleistung oder eine andere vermögenswerte Leistung verstanden¹. Diese andern vermögenswerten Leistungen sind in der Praxis z. B. Naturallohn², Erfolgsvergütungen³, Gratifikationen, Kinderzulagen etc.⁴. Sie stellen lediglich eine besondere Form des Geldlohnes dar.

Im Rahmen einer eheähnlichen Gemeinschaft ist es nun ohne weiteres möglich, dass die Partner ihre gegenseitigen Leistungen nicht in einer der erwähnten üblichen Lohnarten abgelten wollen, um vielleicht gerade die bereits angesprochene Kommerzialisierung ihres Verhältnisses zu vermeiden. Es dürfte solchen Partnern viel mehr zusagen, die erhaltenen Leistungen nicht mit Geld, sondern mit andern Leistungen zu entlohnen. In der Praxis werden dabei das Heiratsversprechen, die Verfügung von Todes wegen und die Schenkung im Vordergrund stehen. Die Durchsetzung dieser arbeitsvertraglichen atypischen Ansprüche⁵ soll im folgenden geprüft werden. „Von diesen atypischen Arbeitsverträgen⁶ sind jene Fälle zu unterscheiden,

115 So VISCHER, S. 333.

116 Vgl. im übrigen zum faktischen Arbeitsvertrag REHBINDER, S. 37f; VISCHER, S. 331ff; SCHWEINGRUBER, S. 51ff.

1 VISCHER, S. 287 und dort zitierte Literatur.

2 Unterkunft, Verpflegung, Bezug von Produkten des Betriebes, Ermöglichung von weiterer Berufsbildung, Gewährung von Erwerbsmöglichkeiten wie Trinkgelder.

3 Anteile an Geschäftsergebnissen, Provisionen.

4 Vgl. dazu die Darstellung von REHBINDER, S. 56ff; SCHWEINGRUBER, S. 74; VISCHER, S. 361ff; OSER/SCHÖNENBERGER, N. 15ff zu Art. 319 OR.

5 KOSSENDEY nennt diese Arbeitsverhältnisse «atypisch», weil der Lohn nicht in Geld, sondern in einer für Arbeitsverhältnisse atypischen Leistung besteht, S. 53.

6 Der konkludente Abschluss wird dabei überwiegen.

wo Partner einander Leistungen in der Erwartung einer späteren Entschädigung erbringen, ohne dass zwischen ihnen aber ein vertraglicher Anspruch darauf begründet werden sollte⁷.

II. Die Arten der Entschädigung

Die möglichen Arten der Entschädigung in anderer Form als Lohn – Heiratsversprechen, Verfügung von Todes wegen, Schenkung – sind bereits angeführt worden. Die Erfüllung dieser Entschädigungsansprüche bietet keine Schwierigkeiten, wenn sich der verpflichtete Partner entsprechend der getroffenen Vereinbarung verhält und vertragskonform leistet. Probleme ergeben sich erst dann, wenn der Berechtigte die vertraglich vorgesehene Rechtsstellung als Ehegatte, Erbe oder Vermächtnisnehmer nicht erhält oder ein Schenkungsversprechen nicht erfüllt wird oder aber auch, wenn diese Massnahmen getroffen werden, sich nachträglich jedoch wegen eines Mangels als ungültig herausstellen.

1. Heiratsversprechen

Hat ein Partner dem andern als Entgelt für dessen Arbeitsleistung die Eingehung der Ehe versprochen, d.h. sich verlobt, so lässt sich dieses Versprechen wegen Art. 91 Abs. 1 ZGB, wonach aus dem Verlöbnis keine Klage auf Eingehung der Ehe entsteht, nicht durchsetzen. Selbst für den Fall, wo zwischen den Partnern bereits ein Verlöbnis besteht und wo für den Fall eines Verlöbnisbruches eine Konventionalstrafe vorgesehen worden ist, wäre diese gemäss Art. 91 Abs. 2 ZGB nicht einklagbar⁸. Ebenfalls keine Ansprüche bestehen, wenn ein Verlöbnis, das in Erfüllung einer vertraglichen Abrede eingegangen worden ist, aus wichtigen Gründen wieder aufgehoben wird (Art. 92 ZGB).

Nur im Falle des schuldhaften Verlöbnisbruches stehen gemäss Art. 92 ZGB dem nichtschuldigen Partner angemessene Schadenersatzansprüche zu, und zwar für die Veranstaltungen, die mit Hinsicht auf die Eheschliessung in guten Treuen getroffen worden sind. Unter solchen ersatzpflichtigen Veranstaltungen versteht die einschlägige Doktrin unter anderem

⁷ Diese Fälle werden im folgenden Kapitel behandelt.

⁸ Nach GÖTZ, N. 7 zu Art. 91 ZGB, ist eine solche Konventionalstrafe als der Eheschliessungsfreiheit zuwiderlaufend sogar nichtig. VON TUHR/PETER, Bd I/1 S. 36 bezeichnen das Verlöbnis als familienrechtliches Analogon zur unvollkommenen Verbindlichkeit bzw. unselbständigen Verpflichtung, indem es wohl nicht klagbar, aber bei Nichterfüllung Grundlage von Schadenersatzansprüchen ist.

auch die Aufgabe der bisherigen Stellung⁹ sowie den Verzicht auf weitere berufliche Betätigung. Als Schadenersatz können in dieser Hinsicht die Auslagen für den Unterhalt und den Verdienstausschlag nicht nur bis zum Verlöb-
nisbruch, sondern bis zur Wiederherstellung der früheren Erwerbsverhält-
nisse geltend gemacht werden¹⁰. Grundsätzlich bestünde somit in dieser Re-
gelung ein Ansatzpunkt dafür, einem verlobten Partner, der im Hinblick auf
den Eheschluss auf eigenen Verdienst und Weiterbildung verzichtet und
seine Arbeitskraft der eheähnlichen Gemeinschaft zukommen lassen hat, für
seine Leistungen angemessen zu entschädigen. Diese Möglichkeit kann aber
nur für die nachfolgend¹¹ zu behandelnden Fälle gelten, wo der Abschluss
der Ehe nicht als vertragliche Gegenleistung für geleistete Arbeit vereinbart
worden ist, sondern lediglich die Heirat von den Parteien begründetermas-
sen erwartet werden durfte. Im Gegensatz zu jenen Fällen steht im hier be-
handelten Zusammenhang der als Gegenleistung für geleistete Arbeit ver-
traglich vereinbarte Eheabschluss zur Diskussion. Ein solcher ist zum vorne-
herein unsittlich und damit nichtig, weil die Abgabe eines Eheversprechens
dem freien Entschluss entspringen muss und nicht zur Bedingung einer
geldwerten Leistung gemacht werden darf¹².

Es kann somit festgehalten werden, dass ein Heiratsversprechen,
welches Gegenstand eines Arbeitsvertrages war und welches nicht verwirk-
licht oder nachher wieder gebrochen worden ist, keine Ansprüche auf Scha-
denersatz gemäss Art. 92 ZGB entstehen lässt. Insofern stellt ein Heiratsver-
sprechen eine höchst unsichere «Entlohnung» für geleistete Arbeit dar, und
zwar deshalb, weil es sich rechtlich nicht durchsetzen lässt.

2. *Verfügung von Todes wegen*

Die Parteien können vereinbaren, dass als Entgelt eine Verfügung
von Todes wegen – ein Testament oder ein Erbvertrag – errichtet werde.
Eine solche Entschädigungsvereinbarung hilft indessen dem «entlohn-
ten» Partner nicht viel. Das Versprechen auf Errichten eines Testamentes bedeu-
tet gleichviel wie die tatsächliche Errichtung: Im schlimmsten Fall nämlich
gar nichts, weil der letztwillig verfügende Partner gemäss Art. 509 ZGB sein

9 In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, dass nach einem Urteil des OLG
Stuttgart, NJW 1977, S. 1779, unter Hinweis auf die massgebliche Doktrin die Auf-
gabe einer Arbeitsstelle dann unangemessen ist, wenn sie zu früh erfolgt, d.h. nach
kurzer Bekannntschaftszeit und ohne dass ein Eheschluss in naher Aussicht stand.

10 EGGER, Eherecht, N. 8 zu Art. 92; GÖTZ N. 18 zu Art. 92 ZGB, BGE 79 II 1. So auch
EVANS-V. KRBEK, JA 1979, S. 236f sowie ganz allgemein deren kurzgefasste Darstel-
lung des deutschen Verlöb-
nisrechtes.

11 6. Kapitel, insbes. V. So auch STRÄTZ, FamRZ 1980, S. 435.

12 VON TUHR/PETER, Bd. I/1, S. 258f.

Testament jederzeit widerrufen kann und eine Verpflichtung, nicht zu widerrufen, ungültig ist¹³. Einzige Möglichkeit, einen solchen Widerruf auszuschliessen, wäre die Ersetzung des Testamentes durch einen Erbvertrag. Es gilt für den Erbvertrag aber dasselbe wie für das Testament: Die vertragliche Verpflichtung, eine Verfügung von Todes wegen zu errichten, ist ungültig. Es gibt deshalb auch keinen Vorvertrag zu einem Erbvertrag, wie er z. B. in der Entschädigungsvereinbarung erblickt werden könnte¹⁴. Als einzig zuverlässige Lösung bleibt darum in dieser Hinsicht der effektive, formgerechte Abschluss eines Erbvertrages gemäss Art. 494ff ZGB, worin den Partnern einer eheähnlichen Gemeinschaft ein weites Spektrum von Möglichkeiten zur Verfügung steht, ihre gegenseitigen Ansprüche aus Arbeitsleistungen bleibend zu regeln.

Es mag stossend erscheinen, wenn nun z. B. trotz Vorliegens eines schriftlichen Vertrages, wonach ein Partner für eventuell langjährige Dienste durch Errichtung eines Erbvertrages entlohnt werden soll, er keinen rechtlich durchsetzbaren Anspruch besitzt. Eine Milderung dieser Folgen lässt sich gegebenenfalls dadurch erreichen, dass das fragliche Versprechen als ein Rechtsgeschäft unter Lebenden und nicht von Todes wegen betrachtet wird. Das Entlohnungsversprechen wäre dann in der Weise zu verstehen, dass der Erblasser seinem Partner eine im Todesfall fällige oder durch das Überleben des Partners bedingte Entschädigung vertraglich zusichert. Dann entstünde eine Forderung vom Zeitpunkt des Vertragsabschlusses an, welche z. B. auch gegen die Erben geltend gemacht werden könnte.

Ob ein Rechtsgeschäft unter Lebenden vorliegt oder nicht, ist nach dem Willen der Parteien zu beurteilen¹⁵. Gerade in den hier interessierenden Fällen spricht nun der oft ausschlaggebende Wille der Partner, einander – nicht zuletzt gegenüber den Erben – mittels einer Entlohnung sicherzustellen, für ein Rechtsgeschäft unter Lebenden. Vor allem spricht dafür die Tatsache, dass der arbeitleistende Partner seinen Verpflichtungen aus dem Vertrag fortwährend nachkommt, also der Vertrag sofort seine Wirkung unter den Partnern entfaltet hat. Dies muss auch für die zugesagte Entschädigung gelten. Es ist lediglich ihre Fälligkeit auf den Tod eines Partners hinausgeschoben. Diese Überlegungen verwirklichen ausserdem den Grundsatz des *favor negotii*, wonach eher ein gültiges Rechtsgeschäft unter Lebenden als ein ungültiges von Todes wegen anzunehmen ist¹⁶.

13 PIOTET, N. 1 S. 243.

14 Immerhin mögen derartige Abreden aber insoweit eine Bedeutung haben, als eine Partei es für eine moralische Pflicht ansieht, ihnen nachzukommen; TUOR, Erbrecht, N. 12 vor Art. 494 ZGB; ESCHER, N. 2 zu Art. 494 ZGB; vgl. u. bei N. 19.

15 PIOTET, S. 193.

16 TUOR/SCHNYDER, S. 349; PIOTET, S. 193f; *ders.*, De la distinction entre actes entre vifs et actes à cause de mort, in: *JdT 1968/1*, S. 354ff; VON TUHR, PETER, Bd. I-1, S. 201, N. 12 und dort erwähnte Literatur; MERZ, in: *ZBJV 95* (1959), S. 426ff.

3. *Schenkung*

Begriffsmerkmal der Schenkung ist eine Zuwendung ohne entsprechende Gegenleistung (Art. 239 OR), was für die hier behandelten Fälle ja gerade nicht zutrifft, da die Zuwendung als Entlohnung für erbrachte Dienste vertraglich vereinbart worden ist¹⁷. Insofern ist es unmöglich, als Vergütung für geleistete Dienste eine Schenkung zu vereinbaren¹⁸.

In diesem Zusammenhang drängt es sich aber auf, das Versprechen einer Entschädigung unter dem Gesichtspunkt der Erfüllung einer sittlichen Pflicht zu betrachten. Erfüllung einer sittlichen Pflicht ist eine solche Leistung, welche durch die in der Rechtsgemeinschaft herrschenden sittlichen Anschauungen geboten ist, wobei stets die gesamten persönlichen und ökonomischen Verhältnisse der Parteien berücksichtigt werden¹⁹. Als Beispiele werden in der Praxis etwa die Unterstützung von dem Schenker nahestehenden Personen²⁰ genannt. Unter diese Beispiele lässt sich nun mühelos auch der Fall einreihen, wo ein Partner einer eheähnlichen Gemeinschaft dem andern eine Belohnung für dessen geleistete Dienste verspricht. In BGE 85 II 378²¹ wurde gerade eine solche Belohnung aufgrund der konkreten Umstände vom Bundesgericht als moralische Verpflichtung bezeichnet. Die somit je nach Fall mögliche Einstufung einer Entlohnung als Erfüllung einer sittlichen Pflicht hat aber mehr dogmatische als praktische Bedeutung, indem einerseits eine solche Verpflichtung weder den formellen Erfordernissen für die Schenkung, noch den materiellen Vorschriften über diese unterstehen²². Andererseits steht damit aber auch gleichzeitig fest, dass in solchen Fällen einem Partner einer eheähnlichen Gemeinschaft lediglich eine Naturalobligation zusteht, er also gegen den andern wohl einen von diesem erfüllbaren, aber gegen ihn nicht durchsetzbaren Anspruch besitzt²³. Der Absicht der Partner, für eine materielle Zukunftssicherung besorgt zu sein und erbrachte Leistungen entschädigen zu wollen, wird mit einer solchen Betrachtungsweise nur sehr beschränkt entsprochen.

17 CAVIN, S. 185f; BECKER, N. 5ff zu Art. 239 OR; OSER/SCHÖNENBERGER, N. 12ff zu Art. 239 OR.

18 So auch im wesentlichen SCHWAB, in Landwehr, S. 66.

19 BECKER, N. 13 zu Art. 239 OR.

20 Nicht unterstützungsberechtigte Verwandte, langjährige Angestellte, freiwillige Unterhaltsbeiträge an ein aussereheliches Kind etc.

21 Vgl. o. 3. Kap. bei N. 14. Ebenso SCHLÜTER, S. 30, der insbesondere die Zuwendungen zur Deckung des täglichen Lebensbedarfes nicht als Schenkungen, sondern als freiwillige Unterhaltsleistungen betrachtet.

22 CAVIN, S. 186; a. M. VON BÜREN, der gerade die belohnende Schenkung den Formvorschriften der Schenkung unterstellt, Bes. Teil, S. 276. Dies hätte zur Folge, dass ein solches Schenkungsversprechen schriftlich niedergelegt sein müsste.

23 VON TUHR/PETER, Bd. I/1 S. 12 und I/2. S. 482.

Die Abgabe eines Heiratsversprechens, die Zusicherung einer Leistung als Erfüllung einer sittlichen Pflicht oder das Versprechen auf Errichtung einer Verfügung von Todes wegen geben dem Berechtigten keine Erfüllungsansprüche. Er ist auf das Wohlwollen und die freiwillige Erfüllung des Partners angewiesen. Als einzig reelle Entschädigungsmöglichkeit bleibt somit nur der formgerechte Abschluss eines Erbvertrages, was nach der herrschenden Bundesgerichtspraxis ohne weiteres möglich ist²⁴. Nur damit können dem Partner einer eheähnlichen Gemeinschaft zuverlässige Ansprüche eingeräumt werden. In allen andern Fällen, wo die zugesicherte Leistung ausbleibt, muss überprüft werden, ob einem Partner allenfalls ausservertragliche Ansprüche zustehen.

6. Kapitel: Ausservertragliche Entschädigungsansprüche

I. *Einleitung*

In den beiden vorangehenden Kapiteln wurden Fälle überprüft, in denen sich die Partner für ihre Leistungen vertraglich Vergütungsansprüche zugesichert haben. Wie bereits ausgeführt, wird eine solche bewusst vorgenommene und vertraglich fixierte Vergütungsabsprache – leider – selten vorkommen. Viel häufiger wird die Situation anzutreffen sein, dass sich die Partner Dienste in der beiderseitigen Erwartung erbringen, später dafür in einer der aufgezeigten Formen entschädigt zu werden, ohne dass diese Erwartung in einem regelrechten Vertrag ihren Niederschlag findet. Die Partner empfinden es aufgrund ihrer Schicksalsgemeinschaft als selbstverständliche Pflicht, einander durch gegenseitige Hilfe und Arbeitsleistungen zu unterstützen und zu fördern, ohne dafür ein vereinbartes Entgelt zu verlangen. Gerade aber bei langdauernden eheähnlichen Gemeinschaften wird es den Partnern ebenso selbstverständlich sein, dass bei Auflösung der Gemeinschaft die Partner für ihre Zukunft gesichert sein sollen. Obwohl die Parteien also einen dahingehenden Willen besitzen, konkretisieren sie ihn nicht in rechtlich bedeutsamer Art und Weise. Der Wille der Partner steht «nicht auf rechtlichem Boden und hat deshalb keine rechtliche Bindung zur Folge»¹ und führt damit auch nicht zur Entstehung vertraglicher Ansprü-

²⁴ Vgl. o. 3. Kap. II.

¹ VON TUHR/PETER, Bd. I/1, S. 154.

che². Die Erbringung von Diensten trotz Fehlens eines Verpflichtungswillens bzw. trotz Fehlens einer rechtlichen Verpflichtung zur Vornahme einer Leistung kann auch als Gefälligkeit bezeichnet werden³. REUSS⁴ schuf sogar den Begriff eines eigentlichen Gefälligkeitsvertrages, welcher ein Versprechen zur Grundlage hat, das sich nicht ausschliesslich im Rahmen der Geselligkeit, der Sitte oder des Anstandes hält, sondern bereits gewisse autonome Rechtswirkungen zeitigt, die sich aber nur insoweit bemerkbar machen, als sie einen Haftungsmassstab abgeben für den Fall, dass der Versprechende den Partner bei der Erfüllung des Versprechens geschädigt hat. Ansprüche auf Erfüllung der Gefälligkeit oder auf Schadenersatz wegen Nichterfüllung bestehen nämlich auch im Falle dieser Gefälligkeitsverträge nicht⁵.

Bleibt nun die aufgrund der schlichten Vereinbarung⁶ erwartete, aber nicht klagbare Entschädigung aus, stellt sich die Frage, ob einem solcher Art enttäuschten Partner allenfalls ausservertragliche Ansprüche zustehen. Vor derselben Frage steht auch derjenige Partner, der vertraglich vereinbarte Ansprüche besitzt, welche sich jedoch aufgrund ihrer besonderen Natur nicht durchsetzen lassen⁷.

II. *Keine Anwendung von Art. 320 Abs. 2 und 3 OR*

Eine Anwendung von Art. 320 Abs. 2 OR kommt hier nicht in Frage. Wie bereits ausgeführt⁸, legt diese Bestimmung fest, ob infolge besonderer Umstände zwischen den Partnern einer eheähnlichen Gemeinschaft ein Arbeitsverhältnis besteht oder nicht. Wird ein solches bejaht, so besitzen die Parteien die sich daraus ergebenden durchsetzbaren Ansprüche. Wird hingegen ein Arbeitsverhältnis gestützt auf Art. 320 Abs. 2 OR verneint, geht es nicht an, eben diese Bestimmung zur Begründung ausservertraglicher Ansprüche wieder heranzuziehen. Die Versuchung dazu liegt natürlich gerade dort nahe, wo Partner einander Leistungen in Erwartung ei-

2 KOSSENDEY spricht in diesen Fällen von einer schlichten Vereinbarung, S. 65. Diese Terminologie soll auch im folgenden verwendet werden. Auch OSER/SCHÖNENBERGER, N. 64 vor Art. 1–67 OR, anerkennen, dass es Verpflichtungen gibt, bei denen eine rechtliche Bindung nicht beabsichtigt ist, indem man etwas verspricht, weil man sich durch Religion, ethische Erwägungen, aus Rücksichten von *Liebe, Freundschaft* oder Geselligkeit für gebunden erachtet.

3 So KRAMER, N. 63 der allgemeinen Einleitung und KOST, S. 28ff.

4 In KOST, S. 34.

5 Weitere Möglichkeiten zur Gestaltung der eheähnlichen Gemeinschaft wurden o. 4. Kap. bei N. 9 aufgezeigt.

6 Oder des Gefälligkeitsvertrages.

7 Vgl. 5. Kapitel.

8 Vgl. o. 4. Kap. III 2.

ner Gegenleistung erbracht haben, indem diese Erwartung als ein den Arbeitsvertrag begründender «Umstand» im Sinne von Art. 320 Abs. 2 OR betrachtet wird, umso mehr, als der wirkliche Willen der Parteien⁹ unter dem Gesichtspunkt von Art. 320 Abs. 2 OR keine Rolle spielt. Gerade beim Fehlschlagen solcher Erwartungen wendet ja das Bundesgericht Art. 320 Abs. 2 aus Billigkeitsgründen an, was dann aber zur Bejahung eines Vertragsverhältnisses führt¹⁰. Aus diesen Überlegungen ist ersichtlich, welche differenzierter Würdigung¹¹ sämtlicher Umstände des Einzelfalles es bedarf, hängt es doch vom Ergebnis dieser Würdigung ab, ob einer Partei gestützt auf ein Arbeitsverhältnis klare Ansprüche zustehen oder ob sie auf den beschwerlichen Weg verwiesen werden muss, ausservertragliche Ansprüche zu begründen. Dies wiederum legt den Schluss nahe, bei der Prüfung der Umstände im Sinne von Art. 320 Abs. 2 OR eine nicht vertraglich fixierte Entschädigungserwartung der Parteien im Zweifel als vertragsbegründenden Umstand zu werten. Damit wäre bereits im Stadium der Prüfung vertraglicher Ansprüche das Ziel einer gerechten und billigen Vergütung erreicht. Im Rahmen dieser Prüfung wäre es denn auch ohne weiteres möglich, dem Willen der Parteien, keine vertragliche Regelungen zu wollen, Rechnung zu tragen, was z. B. mit andern Umständen zusammen zu einer Verneinung eines Arbeitsverhältnisses gemäss Art. 320 Abs. 2 OR führen würde. Diesfalls bliebe den Parteien wiederum die Geltendmachung der in diesem Kapitel behandelten ausservertraglichen Ansprüche übrig¹².

Die grundsätzlich gleichen Überlegungen gelten auch für den Versuch, Ansprüche über den Weg des faktischen Arbeitsverhältnisses zu begründen. Die Anwendung von Art. 320 Abs. 3 OR setzt ja den Bestand eines Arbeitsvertrages voraus, der sich nachträglich als ungültig erweist. Demzufolge besitzen die Parteien die sich daraus ergebenden vertraglichen Ansprüche, ohne dass dafür ausservertragliche Entstehungsgründe gesucht werden müssten¹³.

III. *Ungerechtfertigte Bereicherung*

Gemäss Art. 62 OR hat die Bereicherung zurückzuerstatten, wer in ungerechtfertigter Weise aus dem Vermögen eines andern bereichert worden ist. Das ist insbesondere der Fall, wenn jemand ohne jeden gültigen Grund

⁹ Hier: keine vertragliche Bindung

¹⁰ Vgl. o. 4. Kap. III 2c.

¹¹ Vgl. o. 4. Kap. bei N. 57.

¹² Ebenso KOSSENDEY, S. 69, 77, der sich aber damit im Widerspruch zur herrschenden deutschen Meinung befindet.

¹³ So auch KOSSENDEY, S. 104.

oder aus einem nicht verwirklichten oder nachträglich weggefallenen Grund Zuwendungen erhalten hat. Im folgenden soll nun die Anwendbarkeit dieser Norm auf diejenigen Fälle geprüft werden, in denen von den Partnern Leistungen in einer gehegten, später aber fehlgeschlagenen Vergütungserwartung ohne Vertragsgrundlage erbracht worden sind. Die Vertragsgrundlage fehlt hier, weil sich die vertraglich getroffene Entgeltsvereinbarung als nichtig herausstellt¹⁴ oder von den Parteien die Vergütungsabsprache gar nicht in der Rechtsform des Vertrages getroffen worden ist¹⁵.

Es ist anerkannt, dass jemand aus dem Vermögen eines andern bereichert werden kann, indem ihm eine Arbeitsleistung zugewendet wird. Voraussetzung ist jedoch, dass dem Zuwendenden ein Erwerb aus anderweitiger Verwendung seiner Arbeitskraft entgangen ist¹⁶. Diese Voraussetzung wird gerade im Rahmen einer eheähnlichen Gemeinschaft, wo ein Partner dem andern unter Verzicht auf eigene Berufstätigkeit Dienste leistet, durchwegs erfüllt sein, ebenso das Erfordernis des Kausalzusammenhanges zwischen Bereicherung und Entreicherung¹⁷. Damit nun dem Entreicherten eine Erstattungsforderung entsteht, muss die erfolgte Vermögensverschiebung ungerechtfertigt sein, indem ihr ein Grund überhaupt fehlt¹⁸, ein solcher sich nicht verwirklicht hat¹⁹ oder nachträglich weggefallen ist²⁰.

1. *condictio sine causa*

Den hier zur Diskussion stehenden Fällen ist gemeinsam, dass im Rahmen einer eheähnlichen Gemeinschaft Dienstleistungen ohne Vertragsgrundlage erbracht worden sind. Für die erbrachten Arbeitsleistungen fehlte also zum vorneherein ein Rechtsgrund, weil die Parteien wohl eine Vereinbarung gewollt, aber nicht als Vertrag abgeschlossen haben oder das vereinbarte atypische Arbeitsverhältnis sich aus den erwähnten²¹ Gründen als un-

14 5. Kapitel.

15 6. Kapitel I.

16 VON TUHR/PETER, Bd. I/2 S. 473; OSER/SCHÖNENBERGER, N. 3 und 7 zu Art. 62 OR.

17 Dieses Erfordernis ist nach der deutschen Lehre nicht mehr notwendig, VON TUHR/PETER, Bd. I/2 S. 473 N. 4. In der Schweiz ist diese Frage nach GAUCH/SCHLUEP/JÄGGI umstritten, Bd. 1 Nr. 919ff. Verlangt wird der Kausalzusammenhang aber vom Bundesgericht in BGE 99 II 146; von VON TUHR/PETER, Bd. I/2 S. 473, N. 4; OSER/SCHÖNENBERGER N. 8 zu Art. 62 OR; BECKER, N. 7 zu Art. 62 OR. WENNER, S. 63, lehnt den Begriff des Kausalzusammenhanges ab und verlangt statt dessen eine Konnexität zwischen Bereicherung und Entreicherung. Diese ist dann gegeben, wenn die Bereicherung mit der Entreicherung durch ein gemeinsam ursächliches Tun oder Unterlassen faktisch verknüpft ist.

18 *Condictio sine causa*.

19 *Condictio causa data causa non secuta*.

20 *Condictio ob causam finitam*.

21 5. Kapitel.

gültig herausgestellt hat. Indem nun die Arbeitsleistung trotz Fehlens einer causa erbracht worden ist, sind die Voraussetzungen für eine *condictio sine causa* gegeben²². Auch VON TUHR/PETER bejahen den Eintritt einer Bereicherung und die Entstehung einer Bereicherungsforderung durch Zuwendung von Arbeit, da eine solche Zuwendung auch ohne Rechtsgrund ihrer Beschaffenheit nach nicht ungültig sein kann²³. Aus diesen Überlegungen ist ersichtlich, dass einem Partner für geleistete Arbeit grundsätzlich selbst dann ein Bereicherungsanspruch zusteht, wenn man den zwischen den Parteien getroffenen Abreden jede rechtliche Bedeutung abspricht. Zum gleichen Resultat führt aber auch eine differenziertere, auf die Besonderheit der hier zu prüfenden Fälle zugeschnittene Betrachtung unter dem Gesichtspunkt der *condictio causa data causa non secuta*.

2. *condictio causa data causa non secuta*

Wenn Art. 62 OR vom Grunde einer Zuwendung spricht, so meint das Gesetz damit den Zweck, welcher der Zuwendung unmittelbar zugrundeliegt. Dieser unmittelbare Zweck besitzt rechtliche Bedeutung und ist somit Rechtsgrund. Wendet, wie in den behandelten Fällen, ein Partner dem andern Arbeit zu, ohne ein Recht auf Gegenleistung zu erwerben, aber in der auf Verabredung beruhenden Erwartung einer freiwilligen Leistung seitens des Partners, so ist der Rechtsgrund für die Arbeitsleistung die erwartete Gegenleistung²⁴.

Insofern ist es eine zu starke Vereinfachung, wie vorne²⁵ davon auszugehen, die Arbeitsleistung sei wegen der fehlenden Vertragsgrundlage ohne Rechtsgrund erfolgt, was eine *condictio sine causa* ermögliche. Die Leistung ist zwar ohne Vertrag erfolgt, beruht aber, wie gezeigt, auf einem Rechtsgrund. Juristisch einwandfrei kann deshalb eine Lösung der bereicherungsrechtlichen Fragen nur über die *condictio causa data causa non secuta* gefunden werden²⁶.

«Diese Art der *condictio* ist gegeben, wenn die Zuwendung in Erwartung einer verabredeten, aber nicht verbindlichen Gegenleistung gemacht ist und die Gegenleistung ausbleibt. Solche Fälle kommen vor, wenn

22 OSER/SCHÖNENBERGER, N. 13 zu Art. 62 OR.

23 Bd. I/2 S. 475.

24 *Datio ob causam futuram*; VON TUHR/PETER, Bd. I/1 S. 200f. Anstelle vieler für das deutsche Recht ERMAN/WESTERMAN, N. 39 zu § 812 BGB.

25 Vgl. o. bei N. 22.

26 A. M. WINNER, S. 71 FN 136, der diese Fälle der *condictio sine causa* zuordnet, da es nicht darauf ankomme, warum sich ein Rechtsgrund nicht realisiert habe, sondern darauf, dass sich das zukünftige Ereignis nicht vorstellungsgemäss verwirklicht habe.

die Gegenleistung ihres Inhalts wegen nicht verbindlich zugesagt werden kann oder wenn die zur Gültigkeit des Versprechens erforderliche Form nicht gewahrt ist und die eine Partei trotzdem leistet in der Erwartung, dass der Gegner ebenfalls erfüllen werde»²⁷. Damit ist die *condictio causa data causa non secuta* auf unsere Fälle zugeschnitten, wo die Gegenleistung wegen ihrer atypischen Natur für die erbrachte Arbeit nicht verbindlich, d.h. vertraglich zugesagt werden konnte oder auf ausdrücklichen Wunsch der Partner nicht vertraglich fixiert werden sollte. Trotzdem hat der arbeit leistende Partner aufgrund der getroffenen Absprachen eine Gegenleistung erwarten dürfen. Dieses Moment der Verabredung, welches immer vorausgesetzt wird, ist sehr bedeutsam. Erbrachte nämlich ein Partner seine Leistungen in der lediglich für sich gehegten Hoffnung auf eine Entschädigung, ohne mit dem Partner eine Verständigung zu erzielen, so ist diese Hoffnung nicht als Rechtsgrund der Leistung zu würdigen, sondern als irrelevantes Motiv, so dass dem Enttäuschten kein Rückforderungsanspruch und damit keine Bereicherungsklage zusteht²⁸. Auch die deutsche Judikatur, welche sich mit dem Problem der ungerechtfertigten Bereicherung in Fällen der hier zur Diskussion stehenden Art befasst hat, bejaht einen Kondiktionsanspruch.

Umfassend abgehandelt hat die Problematik KOSSENDEY²⁹. Er ist zum Ergebnis gelangt, dass sich ein zufriedenstellender Ausgleich für die erbrachten Dienstleistungen durch die Anwendung des Bereicherungsrechtes, insbesondere Paragraph 812 I 2 (2. Altern.) BGB erzielen lässt. Die Auffassung wurde durch die nachfolgend zu besprechenden Urteile und Publikationen bestätigt.

An erster Stelle ist zu nennen das Urteil des OLG Stuttgart vom 29. Juni 1977³⁰. Das Gericht gestand darin einer Frau, welche in Erwartung der ihr in Aussicht gestellten Eheschliessung im Gewerbebetrieb ihres Freundes unentgeltlich mitgearbeitet hatte, einen Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung zu, als die Partner sich entgegen dieser Erwartung trennten. Darin, dass sich die erkennbare Erwartung des Eheabschlusses nicht erfüllt hatte, lag eine Zweckverfehlung der erbrachten Leistungen, aus der sich der Bereicherungsanspruch gemäss Paragraph 812 I 2 (2. Altern.) BGB ergab. Die Bereicherung des Beklagten bestand in der erhaltenen Arbeitsleistung.

27 VON TUHR/PETER, Bd. I/2 S. 488; vgl. dazu BGE 82 II 430ff, wo der nicht verwirklichte Grund einer Zuwendung das Nichtzustandekommen einer Ehe war.

28 VON TUHR/PETER, Bd. I/2 S. 488 N. 96 und Bd. I/1 S. 202; KOSSENDEY, S. 99; SCHLÜTER, S. 31f; STRÄTZ, FamRZ 1980, S. 435.

29 S. 76–78, 92, v. a. 93–99, 104.

30 NJW 1977, S. 1779; zustimmend STRÄTZ, FamRZ 1980, S. 435.

Die Kritik HENRICHS³¹ an diesem Urteil ist unberechtigt, da das Gericht die Erwartung der späteren Eheschliessung nicht als Vertragsinhalt, sondern als *causa* – HENRICH selber sagt Geschäftsgrundlage – betrachtet hat, die sich nicht verwirklicht hat. Für diesen Fall bejaht HENRICH selber einen Bereicherungsanspruch.

Nach den gleichen Grundsätzen urteilte der BGH im Entscheid vom 19. I. 1973³². Das Gericht erklärte, dass ein Bereicherungsanspruch wegen Nichteintrittes des bezweckten Erfolgs (die Klägerin wollte mit ihren Leistungen den Beklagten zur Fortsetzung der eheähnlichen Gemeinschaft bewegen) dann gegeben ist, wenn der Zweck einerseits nicht Gegenstand einer vertraglichen Bindung oder eine Bedingung eines Rechtsgeschäftes ist, andererseits aber nicht ein blosser, wenn auch vom Empfänger der Leistung erkannter Beweggrund oder eine einseitige Erwartung des Leistenden ist. Notwendig und genügend ist vielmehr eine – auch stillschweigend mögliche – Einigung im Sinne der tatsächlichen Willensübereinstimmung zwischen den Partnern über den verfolgten Zweck der Leistung. Eine stillschweigende Einigung liegt dann vor, wenn der Leistende mit seiner Leistung einen bestimmten Erfolg bezweckt und der Empfänger dies erkennt und durch die Annahme der Leistung zu verstehen gibt, dass er die Zweckbestimmung billigt³³. Im beurteilten Fall musste der BGH einen Bereicherungsanspruch lediglich deshalb abweisen, weil der Beklagte bei der Entgegennahme der Zuwendungen nicht geschwiegen, sondern eine andere Zweckbestimmung angegeben hatte.

Diese beiden Urteile decken sich mit der oben³⁴ vertretenen Auffassung für das schweizerische Recht: Paragraph 812 I 2 (2. Altern.) ist die *condictio causa data causa non secuta* des deutschen Rechtes, die insbesondere dann eingreift, wenn eine Leistung ihrer Art nach einen bestimmten Zweck in sich trägt (*datio ob causam*), ihn aber nicht erfüllt oder wenn der Empfänger durch die Leistung zu einem bestimmten Verhalten veranlasst werden soll, aber nicht danach handelt³⁵.

Auch SIMONS³⁶ bejaht Bereicherungsansprüche beim Vorliegen der Voraussetzungen im Urteil des BGH aus dem Jahre 1973³⁷. In andern Fällen lehnt er einen Bereicherungsanspruch ab mit der Begründung, eine Zuwen-

31 Festschrift für Günther Beitzke, 1979, S. 518.

32 NJW 1973, S. 612ff.

33 Anzufügen bleibt, dass der Zweck nicht nur in der Fortsetzung der ehelichen Gemeinschaft, sondern ohne weiteres auch in den vorne genannten atypischen Leistungen bestehen kann, vgl. o. 5. Kap. I.

34 Vgl. o. III 2.

35 ERMAN/WESTERMAN, N. 47 zu § 812 BGB.

36 JuS 1980, S. 254.

37 Vgl. o. N. 32.

dung in einer eheähnlichen Gemeinschaft erfolge nicht ohne Rechtsgrund, da die Gemeinschaft selber als causa betrachtet werden könne. Dem kann nicht beigespflichtet werden. Wie bereits ausgeführt, ist eine eheähnliche Gemeinschaft an sich juristisch betrachtet weitgehend inhaltsleer. Sie wird erst durch Einzelabreden gestaltet, welche möglicherweise zu Bindungen führen, die für die Beteiligten von Interesse sind³⁸. Dementsprechend kann die eheähnliche Gemeinschaft an sich auch nicht als Rechtsgrund für eine Zuwendung in Frage kommen. Dies kann nur eine, wie auch immer geartete, Einzelabrede sein³⁹. SIMON geht ausserdem von einem nicht zutreffenden Begriff der causa aus. Causa ist der Zweck, welcher einer Zuwendung unmittelbar zu Grunde liegt⁴⁰. Dieser Zweck kann unmöglich «die Gemeinschaft selbst» sein, sondern es ist dies eben die auf Verabredung beruhende Erwartung einer freiwilligen Leistung. Somit sind die Einwendungen dieses Autors gegen eine grundsätzliche Anwendung des Bereicherungsrechtes in diesem Zusammenhang nicht stichhaltig.

DERLEDER⁴¹, welcher ebenfalls die eheähnliche Gemeinschaft als causa betrachtet, muss sich die gleichen Argumente entgegenhalten lassen. Der weitere Hinweis dieses Autors auf Paragraph 814 BGB ist hier ohne Bedeutung, weil die Arbeitsleistungen nicht zur Erfüllung einer Verbindlichkeit erbracht worden sind und auch nicht einer sittlichen Pflicht oder einer auf den Anstand zu nehmenden Rücksicht entsprachen⁴².

Im Ergebnis steht damit fest, dass sowohl für das schweizerische wie für das deutsche Recht die *condictio causa data causa non secuta* der gegebene Rechtsbehelf ist, um den Gegenwert von Arbeit zurückzuverlangen, die geleistet worden ist in der verabredeten Erwartung auf eine freiwillige Gegenleistung, welche in der Folge ausblieb.

3. *Übrige Bereicherungsklagen*

Eine *condictio ob causam finitam*, also wegen nachträglichen Wegfalls des Rechtsgrundes, kommt begriffsnotwendig nicht in Betracht, weil der Rechtsgrund, d. h. der Zweck der Arbeitsleistung, nämlich die erwartete Gegenleistung, gar nicht erst erreicht worden ist⁴³.

38 Vgl. o. 4. Kap. bei N. 6.

39 Im hier behandelten Zusammenhang besteht die Abrede darin, dass Arbeit zugewendet wird ohne ein Recht auf Gegenleistung, aber in der verabredeten Erwartung einer freiwilligen Gegenleistung.

40 Vgl. o. bei N. 24.

41 NJW 1980, S. 548.

42 Die Anwendung von § 814 BGB kann sich aber tatsächlich bei der Rückforderung von erbrachten Unterhaltsbeiträgen stellen.

43 VON TUHR/PETER, Bd I/2 S. 493ff; OSER/SCHÖNENBERGER, N. 19 zu Art. 62 OR.

Ebenfalls nicht in Frage kommt die Anwendung von Art. 63 OR, die *condictio indebiti*, welche die Rückforderungsansprüche bei der Bezahlung einer Nichtschuld regelt. Die Leistung von Arbeit ist nämlich im Falle des atypischen Arbeitsvertrages Erfüllung der Schuldspflicht durch den zur Arbeit verpflichteten Partner, weshalb eine Rückforderung gestützt auf Art. 63 OR entfällt. Im andern Fall, wo ein Partner lediglich aufgrund einer «schlichten» Vereinbarung Dienste geleistet hat, fehlt es ja bewusst an einem Vertrag zwischen den Parteien, was zur Folge hat, dass die Arbeit gar nicht zur Erfüllung einer Schuld geleistet worden ist, was wiederum Voraussetzung für die Anwendbarkeit von Art. 63 OR wäre⁴⁴. Aufgrund dieser Konstellation würde im übrigen auch nie die Voraussetzung des Irrtums über die Schuldpflicht erfüllt sein.

Zusammenfassend kann damit festgehalten werden, dass das Bereicherungsrecht, und zwar die *condictio causa data causa non secuta*, grundsätzlich geeignet ist, einen Ausgleich für erbrachte Arbeitsleistungen zu ermöglichen⁴⁵.

IV. Bereicherungsrechtliche Einzelfragen

1. Gegenstand und Umfang der Bereicherung

Die nach Art. 62 OR zu erstattende Bereicherung besteht in dem Gegenstand, der ohne Rechtsgrund dem Bereicherten zugekommen ist. Grundsätzlich ist dieser Gegenstand, soweit möglich, in natura zurückzugeben. War die grundlose Leistung so beschaffen, dass sie z. B. wie Arbeit nicht zurückgegeben werden kann, so kann für die Erstattung nur der Geldwert in Betracht kommen, den die Leistung für den Empfänger hatte⁴⁶. Wie bereits ausgeführt⁴⁷ lässt die Zuwendung von Arbeit ohne Rechtsgrund stets eine Bereicherung eintreten und eine Bereicherungsforderung entstehen. Der Grund dafür ist darin zu sehen, dass bereits im Arbeitsvertragsverhältnis die Hauptleistung des Arbeitnehmers – der blosser Einsatz seiner Arbeitskraft – einen echten Vermögenswert darstellt, der in unserer Zeit grundsätzlich nur noch gegen Lohn erhältlich ist⁴⁸. Dementsprechend stellen Arbeits-

44 VON TUHR/PETER, Bd. I/2, S. 478.

45 Auch FINGER, JZ 1981, S. 503f. anerkennt die Vorzüge des Bereicherungsrechtes. Nicht zutreffend ist jedoch seine Meinung, das Bereicherungsrecht eigne sich nicht zur Abgeltung von Arbeitsleistungen.

46 VON TUHR/PETER, Bd. I/2, S. 500f.; OSER-SCHÖNENBERGER, N. 2 zu Art. 64 OR; GUHL, S. 209. BECKER spricht von einer Wertausgleichungspflicht, N. 2 zu Art. 64 OR.

47 Vgl. o. bei N. 16, 17.

48 VISCHER, S. 285, 326; vgl. o. 4. Kap. bei N. 64.

leistungen auch für denjenigen, dem sie ohne oder wegen nachträglich weggefallenem Grund zugewendet worden sind, einen Vermögenswert dar, um den er bereichert ist.

Bei der Bewertung der zu erstattenden Leistung sind zwei Betrachtungsweisen möglich. Die eine stellt auf den objektiven Wert oder Verkehrswert ab, den eine dem Bereicherten zugekommene Leistung besitzt⁴⁹. Die andere geht vom Wert der Leistung aus, die sie für den Empfänger hatte⁵⁰. Der ersten Auffassung ist der Vorzug zu geben. Danach berechnet sich der Wert von zu erstattenden Arbeitsleistungen nach dem Preis, der für sie am Arbeitsort unter Berücksichtigung aller Umstände üblicherweise bezahlt worden wäre. Damit spielt nur noch der arbeitsmarktbezogene Wert der Arbeitsleistungen eine Rolle und nicht derjenige, den der Leistende oder Empfänger ihnen beigemessen haben mag. Zur Bestimmung, welches dieser arbeitsmarktbezogene Wert ist, kann auf Art. 322 Abs. 1 OR und die dazu erwähnte Literatur⁵¹ verwiesen werden. GUHL⁵² ist der Auffassung, dass in Fällen, wo die Bereicherung in grundlos empfangenen Dienstleistungen besteht, eine Schätzung Platz greifen und der Wert der Dienstleistungen in Geld zurückgegeben werden müsse. Da eine solche Schätzung anhand der zu Art. 322 Abs. 1 OR entwickelten Grundsätze durchgeführt werden muss, befürwortet er im Ergebnis ebenfalls die objektive Berechnungsweise.

Die Anwendung der andern, subjektiven Berechnungsart ist aus folgenden Gründen abzulehnen. Wohl ist es richtig, dass sich der Wert der geleisteten Arbeit und derjenige der in Aussicht gestellten Gegenleistung in den seltensten Fällen entsprechen, so dass durch die Zulassung einer objektiv berechneten Bereicherungsforderung den ursprünglichen Vorstellungen der Partner nicht Rechnung getragen würde. Jedoch stellt sich die Frage des Bereicherungsausgleiches ja erst in einem Stadium, wo die vertraglichen Vereinbarungen dahingefallen oder nicht eingehalten worden sind. Die darin vorgesehenen Abmachungen über die Anrechnung der gegenseitigen Leistungen fallen mit dem Vertrag ebenfalls dahin und haben für die Bereicherungsfrage daher keine Bedeutung mehr⁵³. Dies ist im Ergebnis auch richtig: Das Bereicherungsrecht, das auf die Vorstellungen der Partner keine

49 OFTINGER, Praxis, S. 228; OSER/SCHÖNENBERGER, N. 4 zu Art. 64 OR; KOSSENDEY, S. 83 sowie die dort zitierte überwiegende deutsche Lehre.

50 So VON TUHR/PETER, Bd. I/2, S. 501.

51 Vgl. o. 4. Kap. III 4.

52 S. 203.

53 BECKER, N. 2 zu Art. 64 OR.

Rücksicht nimmt, findet ja nur Anwendung, wenn sich ein Partner nicht an die getroffenen Vereinbarungen hält, er also sein Desinteresse an der vertraglichen Regelung gezeigt hat.

In sehr vielen Fällen – insbesondere denjenigen der atypischen Gegenleistung – wird sodann eine Berechnung nach der subjektiven Methode an sich unmöglich sein. So kann der Wert, den die Parteien z. B. einem Heiratsversprechen oder einer testamentarischen Berücksichtigung als Entgelt für Arbeitsleistungen beimessen, nicht in einer Geldsumme festgesetzt werden. Darauf ist aber ein Kondiktionskläger angewiesen, so dass ihm nichts anderes übrig bleibt, als die erbrachten Leistungen zu den arbeitsmarktüblichen Ansätzen, d. h. nach einem objektiven Masstab, zu berechnen.

2. *Wegfall der Bereicherung, insbesondere fehlende Ersparnis von Aufwendungen*

Nach Art. 64 OR kann eine Erstattung insoweit nicht gefordert werden, als der Empfänger zur Zeit der Rückforderung nachweisbar nicht mehr bereichert ist, es sei denn, dass er sich der Bereicherung entäusserte und hierbei nicht im guten Glauben war oder doch mit der Erstattung rechnen musste. Dieser Vorschrift liegt der Gedanke zugrunde, dass die dem Bereicherten auferlegte Erstattungspflicht keine Verminderung seines Vermögens bewirken soll, sofern ihn kein Verschulden trifft⁵⁴.

Es wäre denkbar, dass der Empfänger von Dienstleistungen nach dem Fehlschlagen oder der Auflösung einer eheähnlichen Gemeinschaft oder dem Ausbleiben des Arbeitserfolges sich auf den Standpunkt stellt, er habe nichts zu erstatten, da er nicht mehr bereichert sei. Dieser Einwand nützt nichts. Wie bereits ausgeführt⁵⁵, entsteht ja bereits durch die Entgegennahme von Arbeitsleistungen bei ihrem Empfänger eine Bereicherung, und zwar unabhängig davon, ob die Arbeitsleistungen von Erfolg gekrönt waren oder nicht, da der Arbeitleistende nicht für einen bestimmten Erfolg, sondern nur für den Einsatz seiner Arbeitskraft haftet⁵⁶.

Die Bereicherung, welche durch ohne Rechtsgrund zugewendete Arbeit bewirkt worden ist, kann auch als Nichtverminderung des Vermögens betrachtet werden, indem dem Vermögen des Bereicherten die Bezahlung für diese Arbeit erspart worden ist⁵⁷. Einer Klage auf Herausgabe der dies-

54 VON TUHR/PETER, Bd. I/2, S. 502.

55 Vgl. o. bei N. 16, 17.

56 VISCHER, S. 285. Dementsprechend bejaht KOSSENDEY, S. 80, den Eintritt der Bereicherung bereits dann, wenn die Arbeitskraft zur Verfügung gestellt wird. Ob sie vom Leistungsempfänger in Anspruch genommen wird oder nicht, ist unwesentlich.

57 VON TUHR/PETER, Bd. I 2, S. 474; BECKER, N. 2 zu Art. 62 OR; OSER/SCHÖNENBERGER, N. 3 zu Art. 62 OR.

bezüglichen Bereicherung könnte aber entgegengehalten werden, der Empfänger der Arbeitsleistungen hätte diese andernfalls selber geleistet oder unentgeltlich durch einen Dritten verrichten lassen können, also keine Ersparnis erzielt. Diesem Einwand ist zunächst entgegenzuhalten, dass der Empfänger bereits in der Gestalt der Dienstleistungen auf Kosten des Leistenden bereichert worden ist, und zwar unabhängig davon, ob sie beim Empfänger eine Ersparnis von Aufwendungen bewirkt haben oder nicht.

Ein solcher Einwand dürfte sodann gegen das Gebot von Treu und Glauben verstossen. Indem jemand seinen Partner vielleicht jahrelang aufgrund einer wie auch immer gearteten Vergütungsvereinbarung für sich arbeiten lässt, begründet er dessen schutzwürdiges Vertrauen darauf, dass seine Arbeitsleistungen als entgeltliche betrachtet werden. Sich nachher angesichts einer Bereicherungsklage auf den Standpunkt zu stellen, man hätte nie einen zu entlöhnenden Dritten für die Arbeiten eingestellt oder sie selber ausgeführt, wäre als widersprüchliches Verhalten zu qualifizieren, das gemäss Art. 2 ZGB keinen Schutz verdient⁵⁸.

3. *Ausschluss der Rückforderung analog Art. 156 OR*

Bei der *condictio causa data causa non secuta* hängt der Rückforderungsanspruch davon ab, ob sich ein in der Zukunft liegender Rechtsgrund – die zugesicherte Arbeitsentschädigung – verwirklicht hat oder nicht. Die Rückforderung hängt somit von einem künftigen Ereignis ab und steht daher einer bedingten Forderung sehr nahe. Es ist deshalb in analoger Anwendung des Art. 156 OR Ausschluss der Rückforderung anzunehmen, wenn der Leistende die Verwirklichung des Rechtsgrundes wider Treu und Glauben verhindert hat⁵⁹.

Hat der Empfänger der Arbeitsleistungen den Eintritt des vereinbarten Erfolges – z. B. Heirat des Partners – verhindert, stellt sich die Frage der eingangs dargestellten analogen Anwendung des Art. 156 OR gar nicht, da er ja nicht der Leistende ist, der den Eintritt des vereinbarten Erfolges verhindert, sondern der Empfänger der Leistungen. Nachdem er ausserdem bereits tatsächlich bereichert worden ist, müssen dem andern Partner entsprechende Bereicherungsansprüche zuerkannt werden.

Anders sieht die Lage aus, wenn der Leistende die eheähnliche Gemeinschaft verlässt oder dem andern Partner dazu Anlass gibt und wenn dadurch der Eintritt der vereinbarten Arbeitsentschädigung wie Heirat, testa-

58 MERZ, N. 402ff zu Art. 2 ZGB. Zum Problem der Vertrauenshaftung, vgl. u. 6. Kap. VI.

59 VON TUHR/PETER, Bd. I/2, S. 489.

mentarische Bedenkung, Erbvertrag verunmöglicht wird. In einem solchen Fall erachtet es KOSSENDEY als unbillige Belastung des Leistungsempfängers, wenn man ihn zur Zahlung des marktüblichen Lohnes verpflichten würde, da die vereinbarte Entschädigung für die vom andern erbrachten Dienste ohne sein Zutun und allein aufgrund der Entscheidung des andern nicht mehr erfolgen kann. In einem solchen Falle habe der Leistende den Eintritt des Erfolges wider Treu und Glauben selbst verhindert und sei deshalb mit seinem Bereicherungsanspruch auszuschliessen⁶⁰.

Dem kann in dieser Form nicht beigespflichtet werden. KOSSENDEY betrachtet bereits die Verhinderung des Eintrittes des Erfolges an sich als Verstoss gegen Treu und Glauben. Dies ist unzutreffend, denn eine solche Verhinderung kann sehr wohl auf berechtigten Gründen beruhen. Zunächst ist festzuhalten, dass die Auflösung der eheähnlichen Gemeinschaft – normalerweise die Ursache für die Vereitelung des Erfolges – jedem Partner jederzeit offen steht⁶¹. Mit seinem Austritt aus der eheähnlichen Gemeinschaft übt somit ein Partner ein Recht aus. Wenn nun durch diese Rechtsausübung die Erfüllung der vereinbarten Entschädigung verhindert wird, kann dem Partner nicht ein gegen Treu und Glauben verstossendes Verhalten vorgeworfen werden, da der Austritt ja nicht in der Absicht vorgenommen worden ist, den zukünftigen Erfolg zu verhindern⁶².

Mit dem Austritt aus einer eheähnlichen Gemeinschaft ist der Fall zu vergleichen, wo jemand nicht gegen Treu und Glauben handelt, der einem andern einen Gewinnanteil an seinem Geschäft zugesagt hat, jedoch das Geschäft aufgibt, nachdem ihm die Weiterführung bei geänderten Umständen nicht mehr zuzumuten ist. Treu und Glauben verlangen nämlich nicht, dass ein Partner überwiegende eigene Interessen schädigt oder vernachlässigt, um die Verwirklichung des in Aussicht genommenen Erfolges zu ermöglichen⁶³. Angesichts der eminenten Bedeutung, die der Entscheid, in einer eheähnlichen Gemeinschaft zu leben, für den einzelnen hat, steht es ausser Frage, dass ein Partner auf diesen Entscheid jederzeit zurückkommen kann, ohne sich der Gefahr auszusetzen, damit gegen Treu und Glauben zu verstossen. Anders entscheiden hiesse, ihn zum Verbleib in der Gemeinschaft zu zwingen, nur um seinem Partner die Erfüllung der Gegenleistung für erbrachte Dienste zu ermöglichen⁶⁴. Dem arbeitleistenden Partner, der Grund zur Auflösung der Gemeinschaft gibt und damit die Gegenleistung

60 KOSSENDEY, S. 102.

61 Vgl. o. 2. Kap. bei N. 12

62 BECKER, N. 5 zu Art. 156 OR.

63 VON TUHR/ESCHER, Bd. II, S. 273.

64 Die Unmöglichkeit einer solchen Argumentation wird besonders augenfällig, wo die Gegenleistung in einem Heiratsversprechen besteht.

des Leistungsempfängers verhindert, kann also grundsätzlich nicht ein Verhalten gegen Treu und Glauben gemäss Art. 156 OR vorgeworfen und deshalb sein Bereicherungsanspruch für die geleisteten Dienste nicht abgesprochen werden. Dies scheint nicht zuletzt auch deshalb richtig, weil der andere ja tatsächlich um den Wert der Arbeitsleistungen bereichert worden ist. Ein Verstoss gegen Treu und Glauben wäre nur im allerdings seltenen Fall gegeben, wo jemand die Gemeinschaft einzig und allein in der Absicht auflöst, die vereinbarte Gegenleistung zu vereiteln, weil ihm z. B. die in Geld zu entrichtende Bereicherungsforderung besser zusagt⁶⁵. Eine solche Absicht liesse sich natürlich nur aufgrund einer sorgfältigen Überprüfung der geltend gemachten Auflösungsgründe nachweisen.

Exkurs:

Nicht im Bereicherungsrecht ist folgender ähnliche Sachverhalt anzusiedeln: Es ist denkbar, dass die Partner angesichts der Unsicherheit über den Eintritt der abgemachten Gegenleistung für den Fall des Nichteintrittes die Rückgabe der Leistung vertraglich vereinbart haben. Bei dieser Konstellation beruht die Rückforderung, die auch hier im marktüblichen Lohn besteht, nicht auf Art. 62 OR, sondern auf einem bedingt abgeschlossenen Vertrag. Gerade bei den atypischen Gegenleistungen, deren Verwirklichung angesichts ihrer Natur immer mehr oder weniger unsicher ist, erscheint es nicht ausgeschlossen, dass Partner, die das Problem der Sicherstellung auf jeden Fall lösen wollen, einen solchen bedingten Vertrag abschliessen. Dies wird wie die meisten Vertragsschlüsse im Rahmen einer eheähnlichen Gemeinschaft in der Regel konkludent erfolgen, so dass eine genaue Prüfung aller Umstände des Vertragsschlusses unerlässlich ist. Die Bejahung eines bedingten Vertrages ist insofern von Bedeutung, als dass diesfalls der Rückforderungsanspruch nicht der kurzen einjährigen Verjährung des Art. 67 OR unterliegt⁶⁶, weil das Bereicherungsrecht nicht zur Anwendung gelangt. Diese Variante des bedingten Vertrages hat ausserdem den zusätzlichen Vorteil, dass einer Rückforderung von erbrachten Leistungen nicht die Einreden des Bereicherungsrechtes⁶⁷ entgegengehalten werden können⁶⁸.

4. Ausgleich beidseitiger Leistungen

Nach der in der Schweiz und in Deutschland herrschenden Saldotheorie kann der Bereicherte seine Gegenleistung, die er für den Erwerb ei-

65 OSER/SCHÖNENBERGER, N. 5 zu Art. 156 OR.

66 VON TUHR/PETER, Bd. I/2, S. 489 N. 104.

67 Vgl. dazu o. IV.

68 So auch STRÄTZ, FamRZ 1980, S. 435.

ner Leistung aufgewendet hat, als Minderung seiner Bereicherung von der an ihn gestellten Erstattungsforderung abziehen⁶⁹. In den hier behandelten Fällen kann der Bereicherte als Minderung Leistungen wie Kost und Logis, Taschengeld, Sozialversicherungsbeiträge usw. für den arbeitleistenden Partner in Abzug bringen. Abzugsfähig sind jedoch nur Leistungen, die in einem direkten, juristisch relevanten Kausalzusammenhang mit den Arbeitsleistungen stehen⁷⁰. Sonst könnte ein bereicherter Partner, der z. B. über das Fehlschlagen der Gemeinschaft enttäuscht ist, jede während der Dauer der Gemeinschaft dem Partner gemachte Zuwendung wirtschaftlich rückgängig machen.

Mit der Saldotheorie ist die oben⁷¹ aufgeworfene Frage beantwortet, ob ein enttäuschter Partner für geleistete Hausarbeit einen Bereicherungsanspruch habe. Da jede Arbeit einen Vermögenswert darstellt, ist auch der Empfänger von Hausarbeit um deren Wert bereichert, weshalb dem Arbeitleistenden daraus grundsätzlich ein Bereicherungsanspruch zusteht. Dies gilt jedoch nur für die in diesem Kapitel behandelten Fälle, bei denen eine Gegenleistung vertraglich vereinbart oder aufgrund der sonst getroffenen Absprachen vom Arbeitleistenden erwartet werden durfte⁷².

Dieser Bereicherungsanspruch wird in aller Regel aber trotzdem scheitern, weil die Minderungsansprüche, die der Bereicherte zur Verrechnung stellen kann, oft mindestens ebenso gross, wenn nicht höher sind. Da der andere Fall, wo jemand ohne überhaupt Ansprüche anzumelden oder nur in der für sich gehegten Hoffnung auf eine Entschädigung für den Partner den Haushalt geführt hat, in der Praxis überwiegen wird⁷³, lässt Haushaltarbeit in der Regel keine Bereicherungsansprüche entstehen. Im Ergebnis ist also STÜCKRADT und OHLENBURGER/BAUER⁷⁴ zuzustimmen, wonach für geleistete Haushaltarbeit unter dem Gesichtspunkt der ungerechtfertigten Bereicherung nichts erhältlich ist, jedoch mit einer andern Begründung. Diese Autoren verneinen gestützt auf § 817 Abs. 2 BGB einen grundsätzlichen Bereicherungsanspruch, weil die Hausarbeit zur Verwirklichung eines unsittlichen Zweckes – die eheähnliche Gemeinschaft selber – erbracht worden sei. Nachdem aber eine eheähnliche Gemeinschaft heute nicht mehr als unsittlich betrachtet werden kann, fällt auch diese Argumentation – für das schweizerische Recht würde sie sich auf Art. 66 OR stützen – weg⁷⁵.

69 VON TUHR/PETER, Bd. I 2, S. 506ff mit Nachweisen; KOSSENDEY, S. 103.

70 VON TUHR/PETER, Bd. I/2, S. 505.

71 4. Kap. bei N. 42.

72 Vgl. o. bei N. 2, 28.

73 In diesem Fall besteht grundsätzlich kein Bereicherungsanspruch, vgl. o. bei N. 28.

74 S. 55ff. bzw. S. 70ff.

75 Ebenso STRÄTZ, FamRZ 1980, S. 435.

V. Schadenersatzansprüche

1. Art. 92 ZGB

Haben sich die Partner einer eheähnlichen Gemeinschaft die Heirat versprochen, stehen im Falle eines Verlöbnisbruches gemäss Art. 92 ZGB dem nichtschuldigen Partner angemessene Schadenersatzansprüche zu, und zwar insbesondere für die Vermögenseinbusse durch Aufgabe der bisherigen Stellung und Verzicht auf weitere berufliche Tätigkeit⁷⁶. Voraussetzung für einen solchen Schadenersatzanspruch ist aber immer, dass die Partner erstens überhaupt verlobt sind⁷⁷ und dass zweitens der auf Schadenersatz belangte Partner das Verlöbnis ohne wichtigen Grund oder aus einem wohl wichtigen, aber selbst gesetzten oder selbst verschuldeten Grund aufgehoben hat⁷⁸.

Sind die Voraussetzungen des Art. 93 ZGB erfüllt, hat ein Partner ausserdem die Möglichkeit, von dem das Verlöbnis brechenden Partner eine Genugtuung zu verlangen.

2. Art. 28 ZGB

Die Auflösung einer eheähnlichen Gemeinschaft und damit möglicherweise das Ausbleiben einer erwarteten Entschädigung in Form eines Heiratsversprechens, einer Verfügung von Todes wegen etc. kann eine Verletzung in den persönlichen Verhältnissen gemäss Art. 28 ZGB darstellen. Es ist hier vor allem an die persönlichen Güter wie Gefühlsleben, seelische Ausgeglichenheit und die gemütsmässige Verbundenheit mit dem Partner zu denken, die durch die Auflösung einer eheähnlichen Gemeinschaft tangiert werden können⁷⁹. Mit Ausnahme des Erfordernisses der «schweren» Verletzung in den persönlichen Verhältnissen gemäss Art. 93 ZGB beim Verlöbnisbruch dürfte bezüglich der Handlungen, die unter Art. 28 ZGB zu subsumieren wären, kein Unterschied bestehen, so dass in dieser Hinsicht auf Judikatur und Literatur zu Art. 93 ZGB verwiesen werden kann. Der Vollständigkeit halber sei hier angemerkt, dass nur diese Bestimmung als *lex specialis* zu Art. 28 ZGB anwendbar ist, wenn tatsächlich ein Verlöbnisbruch vorliegt⁸⁰.

⁷⁶ Vgl. dazu o. 5. Kap. II 1.

⁷⁷ Für den Fall, dass sie es nicht sind, wird eine analoge Anwendung des Verlöbnisrechtes überwiegend abgelehnt, SCHLÜTER, S. 24.

⁷⁸ Sogenannter Verlöbnisbruch, GÖTZ, N. 2ff zu Art. 92 ZGB.

⁷⁹ EGGER, Personenrecht, N. 27 zu Art. 28 ZGB.

⁸⁰ GÖTZ, N. 2 zu Art. 93 ZGB.

In den übrigen Fällen kann eine solche Handlung als Verletzung der persönlichen Güter qualifiziert und gemäss Art. 28 Abs. 2 ZGB nach den Voraussetzungen von Art. 49 OR, welche der allgemeinen Bestimmung des Art. 41 OR entsprechen, Schadenersatz verlangt werden⁸¹. Die Widerrechtlichkeit der Verletzung in den persönlichen Verhältnissen⁸² und das Verschulden des Verletzers vorausgesetzt, besteht somit in dieser Regelung⁸³ eine weitere Möglichkeit, Ersatzansprüche für den Schaden zu stellen, der dadurch entstanden ist, dass ein Partner im Hinblick auf eine erwartete, aber nicht ausgerichtete, nicht durchsetzbare oder nicht vertraglich vereinbarte, jedoch trotzdem in Aussicht gestellte Entschädigung, eine berufliche Position mit allen Vorteilen aufgegeben hat. Im übrigen kann in diesem Zusammenhang auf die Ausführungen zu den «ersatzpflichtigen Veranstaltungen» gemäss Art. 92 ZGB⁸⁴ verwiesen werden, da der Schaden, den ein Partner durch die Aufgabe des Berufes und durch Verzicht auf weitere berufliche Tätigkeit erleidet, derselbe ist, unabhängig davon, ob er nun verlobt war oder nicht⁸⁵.

Ähnlich wie beim Verlöbnißbruch hat der Verletzte Partner einer eheähnlichen Gemeinschaft Anspruch auf eine Genugtuung gemäss Art. 49 Abs. 1 OR, wenn dies durch die besondere Schwere der Verletzung und des Verschuldens gerechtfertigt ist.

VI. Vertrauenshaftung

In diesem Abschnitt soll die Frage geprüft werden, ob eine dem Partner ausserhalb eines eigentlichen Rechtsgeschäftes erteilte Zusage, z. B. die schlichte Vereinbarung, sich in bestimmter Weise zu verhalten, ein Vertrauen begründen kann, das bei ausreichender Schutzbedürftigkeit als Anknüpfungspunkt für das Entstehen rechtlicher Bindungen in Frage kommt. Eine ähnliche Problemstellung liegt vor, wo zwischen Partnern infolge ihres längere Zeit dauernden gleichförmigen Verhaltens eventuell ein schutzwürdiges Vertrauen entstanden ist, das sie nicht mehr mit der Veränderung der Sachlage rechnen liess.

81 EGGER, Personenrecht, N. 84 zu Art. 28 ZGB; TUOR/SCHNYDER, S. 85; OSER/SCHÖNENBERGER, N. 7 zu Art. 49 OR; BECKER, N. 2 zu Art. 49 OR.

82 Vgl. hierzu v.a. EGGER, Personenrecht, N. 54ff zu Art. 28 ZGB.

83 Art. 28 ZGB i.V.m. Art. 49 bzw. 41 OR.

84 Vgl. o. 5. Kap. II. 1.

85 Ein Unterschied besteht nur in der rechtlichen Begründung des Schadens. In jenem Fall beruht sie auf Art. 92, in diesem auf Art. 28 ZGB. Im Grundsatz ebenso STRÄTZ, FamRZ 1980, S. 434f; SCHWAB, in Landwehr, S. 76.

KURR⁸⁶ hat die Voraussetzungen⁸⁷ eingehend abgehandelt, unter welchen dem Partner entgegengebrachtes Vertrauen rechtlich schützenswert sein kann. Einen solchen Schutz lehnt der Autor grundsätzlich für eine nicht rechtsgeschäftliche Abrede ohne hinzutretende Übung ab. In solchen Fällen anerkennt KURR lediglich ausnahmsweise eine Vertrauenshaftung, wenn das abredewidrige Verhalten des Partners Folgen zeitigte, die mit Treu und Glauben nicht mehr vereinbar sind, weil der in seinem Vertrauen enttäuschte Partner Dispositionen traf, die einerseits nicht mehr ohne weiteres rückgängig zu machen sind und andererseits beim abredewidrig Handelnden einen ebenso schwer wieder zu beseitigenden Vorteil bewirkt haben⁸⁸.

Anders kann der Fall liegen, wenn zu den erwähnten⁸⁹ Voraussetzungen, welche je nach Art geeignet sind, eine Vertrauenshaftung zu begründen, eine Jahre dauernde Übung hinzutritt. Diesem Umstand kann im Rahmen des «beweglichen Systems» der Vertrauenshaftung eine ausschlaggebende und damit eine Haftung auslösende Bedeutung zukommen⁹⁰.

Die Bejahung einer Vertrauenshaftung kann als Rechtsfolge entweder die Erfüllung, d.h. Vertrauensentsprechung oder den Ersatz des Vertrauensschadens auslösen. Das Rangverhältnis dieser beiden Rechtsfolgen lässt sich aber losgelöst vom Einzelfall nicht festlegen. Immerhin ergibt sich nach dem Grundsatz von Treu und Glauben das Gebot der Anwendung der mildestmöglichen Rechtsfolge⁹¹.

SCHWAB⁹² versteht die Vorschriften des BGB über das Verlöbnis als gesetzliche Regelung einer Vertrauenshaftung. Da eine analoge Anwendung von Verlöbnisrecht von Doktrin und Rechtsprechung auf eheähnliche Gemeinschaften abgelehnt wird⁹³, sieht dieser Autor gegenwärtig noch keine Möglichkeit für eine Vertrauenshaftung⁹⁴. Eine Anwendung der Rechtsfigur des vertragsähnlichen Vertrauensverhältnisses über § 1298 BGB hinaus lehnt er als «zweifelloos unangemessen» ab, mit der Begründung, dass ein Schutz gewährt würde, der weit über das Ehe- und Verlöbnisrecht hinausginge und der die Freiheit der sittlichen Selbstbestimmung gefährde, indem über die Sanktion des Schadenersatzanspruches ein Druck zur Aufrechterhaltung der eheähnlichen Gemeinschaft erzeugt würde.

86 S. 82ff.

87 Vertrauensauslösender Tatbestand; Richtung des Vertrauens; Gründe für dieses Vertrauen; Folgen des abredewidrigen Verhaltens für den Vertrauenden.

88 KURR, S. 83–96.

89 Vgl. o. N. 87.

90 KURR, S. 96f.

91 KURR, S. 94f.

92 In Landwehr, S. 74ff.

93 Vgl. o. 4. Kap. N. 2.

94 Ebenso klar verneinend FINGER, JZ 1981, S. 503.

Diese Auffassung SCHWABS muss m. E. umsomehr für das schweizerische Recht gelten, als hier der Begriff der Vertrauenshaftung restriktiver gehandhabt wird als in Deutschland.

Das eigenständige Rechtsinstitut der Vertrauenshaftung⁹⁵ wurde in der modernen deutschen Privatrechtstheorie geschaffen. Für viele in Deutschland unter der Vertrauenshaftung subsumierte Sachverhalte benötigt man nach schweizerischem Recht diesen Begriff aber gar nicht. Manche Sachverhalte lassen sich nämlich rechtsgeschäftlich erklären, weil das Vertrauensprinzip integrierender Bestandteil der schweizerischen Rechtsgelehrtslehre ist. Erst wenn eine solche rechtsgeschäftliche Erklärung eines Sachverhaltes nicht möglich ist, bejaht KRAMER die Existenz einer Vertrauenshaftung auch für das schweizerische Recht. Wichtigste Fallgruppe der Vertrauenshaftung ist nach der Meinung dieses Autors das Rechtsinstitut der culpa in contrahendo und daraus entwickelte Weiterungen wie die Scheinvollmacht oder die wechselrechtliche Rechtsscheinhaftung. Einen weiteren Anwendungsbereich der Vertrauenshaftung sieht KRAMER für das schweizerische Recht nicht. Diese Tendenz entspricht auch der Auffassung OFTINGERS⁹⁶, nicht ohne Not an den Grundlagen des Haftpflichtrechtes zu rütteln, mit Neuerungen tunlich zurückzuhalten und um der Rechtssicherheit willen eher nach Beständigkeit zu trachten.

Als Ergebnis dieser kurzen, notgedrungen abstrakt gehaltenen Überlegungen ist somit für das schweizerische Recht eine Vertrauenshaftung im Bereich der eheähnlichen Gemeinschaft zu verneinen.

7. Kapitel: Arbeitsleistungen im Rahmen einer Gesellschaft

I. Vorbemerkung

Genausogut wie die Partner einer eheähnlichen Gemeinschaft ihre gegenseitigen Arbeitsleistungen im Rahmen eines Arbeitsvertrages erbringen können, können sie dies auch im Rahmen eines Gesellschaftsvertrages tun. Als Gesellschaftstypen bieten sich hiezu die Personengesellschaften an, d. h. die einfache Gesellschaft, die Kollektivgesellschaft und die Kommanditgesellschaft. Erste und wichtigste Voraussetzung für die Zulässigkeit dieser wie auch für andere Verträge ist, dass sie ihren Grund nicht allein in den sexuellen Beziehungen der Partner haben oder in anderer Weise auf die Ver-

95 Vgl. dazu KRAMER, Allgemeine Einleitung, N. 150f.
96 Haftpflichtrecht, S. 10.

wirklichung eines sittenwidrigen Tatbestandes gerichtet sind¹. Andernfalls wäre ein Gesellschaftsvertrag gemäss Art. 20 Abs. 1 OR nichtig, und aus ihm könnten keine Ansprüche hergeleitet werden. Auch eine Bereicherungsklage wäre nach Art. 66 OR aussichtslos.

In diesem Zusammenhang drängt sich folgende Bemerkung auf. Allen drei Personengesellschaften ist die Erreichung eines gemeinsamen Zweckes der Mitglieder eigen^{1a}. Die Versuchung liegt nun nahe, den Zweck einer solchen Gesellschaft in der Förderung und Verwirklichung der eheähnlichen Gemeinschaft zu sehen, was mit den Mitteln der Hausarbeit und der Erwerbstätigkeit erreicht werden soll.

Nach der in dieser Arbeit vertretenen Auffassung wäre ein solcher Zweck nicht unsittlich und der Gesellschaftsvertrag damit gültig². Ein solcher Vertragszweck würde von den deutschen Gerichten jedoch mit grösster Wahrscheinlichkeit als nichtig erklärt³. Auch in der Schweiz mit den noch bestehenden Konkubinatsverböten wäre ein solcher Gesellschaftsvertrag vermutlich derselben Beurteilung ausgesetzt⁴. Um derartige Risiken zu vermeiden, empfiehlt es sich, als Zweck einer Gesellschaft ein von der Rechtsprechung als achtenswert gebilligtes Motiv zu bezeichnen. Als Beispiele aus der deutschen Rechtsprechung seien angeführt: Zukunftssicherung der Partner, Gründung einer Familie oder, was besonders in dieser Arbeit interessiert, Führung eines Gewerbebetriebes⁵. Bei Beachtung dieser Bedingungen kann zwischen den Partnern einer eheähnlichen Gemeinschaft ohne weiteres ausdrücklich oder stillschweigend ein Gesellschaftsvertrag abgeschlossen werden, in dessen Rahmen die näheren Bestimmungen über die gegenseitigen Leistungen getroffen werden.

An dieser Stelle muss in Erinnerung gerufen werden, dass nur der Entschluss, eine eheähnliche Gemeinschaft zu begründen, keine Rechtswir-

1 KOSSENDEY, S. 107; OHLENBURGER-BAUER, S. 62; SIEGWART, N. 39 zu Art. 530 OR; BATTES, ZHR 143 (1979), S. 403ff; vgl. o. 3. Kap. II. 3.

1a SIEGWART, N. 5 vor Art. 530–551 OR.

2 Vgl. o. 3. Kap. II. 3.; ebenso BATTES, ZHR 143 (1979) S. 405.

3 KUNIGK, S. 116f. Als Ausnahmen sind immerhin zu erwähnen der gemeinsame Betrieb eines Erwerbsgeschäftes (BGH, NJW 1970, S. 1541) und der Bau eines Hauses, das den Partnern als Wohnung dienen sollte (BGH, FamRZ 1965, S. 369).

4 Einen in dieser Beziehung ernst zu nehmenden Einwand macht lediglich SCHWAB, in Landwehr, S. 68, nach dem eine gesellschaftsrechtliche Verpflichtung zur Aufrechterhaltung und Förderung der eheähnlichen Gemeinschaft mit der sittlichen Selbstbestimmung der Partner unvereinbar wäre. Ebenso VON STEIGER, S. 362. Dieser Einwand kann jedoch ohne weiteres damit entkräftet werden, dass den Partnern die Aufhebung dieser Verpflichtung wegen ihrer höchstpersönlichen Natur jederzeit möglich ist, vgl. o. 4. Kap. bei N. 7, 8.; BATTES, ZHR 143 (1979) S. 394; STRÄTZ, FamRZ 1980, S. 434. Im übrigen ist darauf hinzuweisen, dass gerade eine solche Verpflichtung zur Erreichung des gemeinsamen Zweckes – der eheähnlichen Gemeinschaft – den Partnern ihre Selbstbestimmung und -verwirklichung ermöglicht.

5 KUNIGK, S. 117; BATTES, ZHR 143 (1979) S. 403ff.

kung zeitigt⁶. Versuche, die eheähnliche Gemeinschaft als vertragliche Gesellschaft an sich zu definieren, gehen deshalb zum vorneherein fehl. Vielmehr muss ein entsprechender Vertrag zwischen den Partnern ausdrücklich oder stillschweigend abgeschlossen sein und nachgewiesen werden. Wie schwierig dies sein kann, wurde im Bereiche der Lohnansprüche und der übrigen vertraglich vereinbarten Entschädigungsansprüche⁷ aufgezeigt. Noch grösser sind diese Probleme beim Versuch, den Abschluss eines Gesellschaftsvertrages nachzuweisen. BATTES⁸ hat diesen Versuch unternommen und ist zum Ergebnis gelangt, dass beim Fehlen einer Absprache die über eine längere Zeit festgehaltene Übung als eine für den Vertragsschluss genügende Willenserklärung angesehen werden könne. SCHLÜTER⁹ kritisiert zu Recht, dass auf diese Weise ein Vertragsschluss mehr oder weniger willkürlich fingiert und dass der Begriff der Willenserklärung bis zur Unkenntlichkeit denaturiert werde. Die weitere, von BATTES offen gelassene Frage, ob Gesellschaftsrecht analog auf eine eheähnliche Gemeinschaft angewendet werden könnte, auch wenn ausreichende Indizien für einen Vertragsschluss fehlen, muss verneint werden. Fehlen nämlich solche Indizien, dann dürfte der Fall vorliegen, wo sich die Partner lediglich über die Begründung einer eheähnlichen Gemeinschaft einig sind und keine weitergehende rechtliche Wirkungen beabsichtigt sind. Sodann setzen hier die grundsätzlichen Bedenken einer Anwendung von Gesellschaftsrecht auf die eheähnliche Gemeinschaft ein. Diese Gemeinschaft als gesellschaftsrechtlichen Zweck zu betrachten, hiesse, die soziale Gemeinschaft auf eine rechtsgeschäftliche zu reduzieren, eine Konstruktion, bei der allein die ökonomischen Vorgänge gewichtet und die personalen und psychischen Zuwendungen der Partner vollständig vernachlässigt würden¹⁰. Der Haupteinwand, der in der vorliegenden Arbeit gegen die Anwendung von Gesellschaftsrecht erhoben wird, besteht darin, dass es für geleistete Dienste eine Ersatzmöglichkeit ausschliesst¹¹. Es ist offensichtlich, dass dadurch das Solidaritätsprinzip, das in der Regel einer eheähnlichen Gemeinschaft zugrunde liegen wird, nicht verwirklicht werden kann, indem z.B. der haushaltführende Partner bei der Auflösung der Gesellschaft keine Ansprüche machen könnte¹². Mit diesen Kritikern muss aber dennoch festgehalten werden, dass dem Gesellschafts-

6 Vgl. o. 4. Kap. bei N. 6.

7 Vgl. 4. und 5. Kapitel.

8 ZHR 143 (1979) S. 388ff.

9 S. 27.

10 SCHWAB, in Landwehr, S. 68ff; DERLEDER, NJW 1980, S. 547; STRÄTZ, FamRZ 1980, S. 436. Ebenso FINGER, JZ 1981, S. 502f, 505.

11 Vgl. Art. 537 Abs. 3 OR; § 733 Abs. 2 BGB.

12 Dies anerkennt auch BATTES, ZHR 143 (1979) S. 397, 402, der ein Befürworter der gesellschaftsrechtlichen Lösung ist. Klar gegen eine gesellschaftsrechtliche Betrachtungsweise sprechen sich aus dem erwähnten Grund aus DERLEDER, NJW 1980, S. 547 FN 21; SCHLÜTER, S. 28.

recht im Bereich der eheähnlichen Gemeinschaft durchaus eine gewichtige Bedeutung zugewiesen werden kann. Dies gilt für abtrennbare Sonderbereiche des gemeinschaftlichen Wirkens, wie Schaffen eines Eigenheimes, Betrieb eines kaufmännischen Unternehmens, Beschaffung wertvoller Hausratgegenstände¹³. In diesen Sonderbereichen ermöglicht es das Gesellschaftsrecht, einen Auseinandersetzungsanspruch für Fälle zu begründen, wo sich während des Zusammenlebens bei einem Partner Vermögenswerte gebildet haben, zu denen der andere entweder mit seinem Vermögen oder mit seiner Arbeit beigetragen hat, ohne nominell seinem Beitrag entsprechend an den Vermögensbestandteilen beteiligt worden zu sein.

Von diesen Sonderbereichen ist derjenige des gewerblichen Betriebes hervorzuheben. Wie bereits erwähnt¹⁴, ist die Verwirklichung der Gleichberechtigung der Partner oft ein wesentliches Motiv, nicht eine Ehe einzugehen, sondern in einer eheähnlichen Gemeinschaft zu leben. Es liegt nun nahe, dass die Partner diesen Grundsatz auch auf den Bereich der gemeinsamen Arbeit ausdehnen wollen. Dies lässt sich geradezu ideal verwirklichen, wenn die Arbeit nicht im Rahmen eines Arbeitsverhältnisses mit der ihm doch eigenen «Unterordnung»¹⁵, sondern auf der Grundlage eines Gesellschaftsverhältnisses mit der bereits vom Gesetz her vorgesehenen Gleichberechtigung der Gesellschafter¹⁶ vollzieht. Ob die Partner ihre gegenseitige Mitarbeit in diesem Bereich arbeits- oder gesellschaftsvertraglich regeln, hängt letztlich aber von im Einzelfall verschiedenen Faktoren wie der Persönlichkeit der Partner, der Art des Betriebes und der Mitarbeit, steuerlichen und versicherungstechnischen Überlegungen etc. ab.

Nach diesen grundsätzlichen, alle Arten von Gesellschaftsverträgen betreffenden Überlegungen soll nun die Leistung von Arbeit in einer Personengesellschaft und die Beteiligung am Gewinn im kurzen Überblick betrachtet werden.

13 SCHWAB, in Landwehr, S. 68; SCHLÜTER, S. 26; DERLEDER, NJW 1980, S. 547. Im gleichen Sinn entschied auch das Kantonsgericht Waadt, indem es die Bestimmungen der Art. 530ff OR über die einfache Gesellschaft auf die finanziellen Beziehungen zwischen den Partnern eines «Konkubinales» anwendbar erklärte, vorausgesetzt, dass zwischen ihnen betreffend diese finanziellen Beziehungen eine wahre «anima societatis» bestehe, SJZ 69 (1973) S. 109. Dasselbe Gericht aber a. M. in SJZ 75 (1979) S. 132.

14 Vgl. o. 4. Kap. bei N. 19, 20.

15 Vgl. o. 4. Kap. II 1.

16 Vgl. z. B. für die einfache Gesellschaft Art. 531 Abs. 2, 533 Abs. 1, 534 Abs. 1, 535 Abs. 1 OR.

II. Die Personengesellschaften

1. Die einfache Gesellschaft

Die einfache Gesellschaft ist eine personenbezogene Rechtsgemeinschaft, die – in der Regel ohne ein kaufmännisches Unternehmen zu betreiben – wirtschaftliche oder nichtwirtschaftliche Zwecke verfolgt. Sie ist als Grund- und Subsidiärform im Gesellschaftsrecht ausgestaltet. Da sie in der Regel auf die individuellen Fähigkeiten und Interessen ihrer Mitglieder zugeschnitten ist, wird sie beim Ausscheiden eines Gesellschafters aufgelöst.

Die einfache Gesellschaft dient der Verfolgung eines gemeinsamen Zweckes mit gemeinsamen Mitteln. Dieser Zweck kann nichtwirtschaftlicher¹⁷ oder wirtschaftlicher Natur sein. Es ist jedoch ausgeschlossen, eine einfache Gesellschaft zu gründen, wenn damit ein nach kaufmännischer Art geführtes Gewerbe betrieben werden soll. Führen die Partner trotzdem ein solches Unternehmen, gelangt das Recht der Kollektivgesellschaft zur Anwendung¹⁸. Immerhin ist es möglich, dass ein kaufmännisches Gewerbe geführt wird, wenn sich dies ohne Verwendung einer Geschäftsfirma machen lässt. Zu denken wäre etwa an den Fall, dass ein Partner in einer stillen Gesellschaft den Betrieb nach aussen unter Einzelfirma führt¹⁹.

Die einfache Gesellschaft kann formfrei gegründet werden. Trotzdem empfiehlt sich aus praktischen Gründen Schriftlichkeit, die jedoch gerade im Rahmen einer eheähnlichen Gemeinschaft die Ausnahme darstellen wird. Im übrigen gelten für den Vertragsschluss die allgemeinen Regeln des Obligationenrechtes. Die Problematik ist insofern die gleiche wie beim Abschluss eines Arbeitsvertrages zwischen den Partnern²⁰. Immerhin ist darauf hinzuweisen, dass im Recht der einfachen Gesellschaft eine Bestimmung wie diejenige des Art. 320 Abs. 2 OR fehlt, wonach ein Gesellschaftsvertrag aufgrund einer gesetzlichen Fiktion entstehen könnte²¹.

17 Wissenschaftlicher, kultureller, geselliger Zweck.

18 Art. 552 OR, vgl. u. II 2.

19 Die stille Gesellschaft ist eine reine Innengesellschaft, bei der nach aussen nur der Hauptgesellschafter auftritt, der alleine berechtigt und verpflichtet wird. Im Innenverhältnis gilt das Recht der einfachen Gesellschaft, insbesondere für die Beitragspflicht, den Anteil an Gewinn und Verlust, das Mitspracherecht, die Treuepflicht der Gesellschafter, vgl. dazu MEIER-HAYOZ FORSTMOSER, S. 233ff. MEIER-SCHERLING, DRiZ 1979, S. 296, betrachtet die eheähnliche Gemeinschaft grundsätzlich als eine Innengesellschaft. Auch MEIER-HAYOZ FORSTMOSER, S. 201, führen das Konkubinat als Beispiel einer einfachen Gesellschaft auf. Vgl. o. bei N. 6, 7 die gegen eine solche Betrachtungsweise angeführten Bedenken.

20 Vgl. o. 4. Kap. III 1.

21 Vgl. o. 4. Kap. III 2 a.

Die Leistungen der Gesellschafter können gemäss der nicht abschliessenden Aufzählung in Art. 531 OR in Geld, Sachen, Forderungen oder Arbeit bestehen. Ein Beitrag in Form von Arbeit ist also ohne weiteres möglich, und zwar als Arbeit im gemeinsamen Haushalt oder Gewerbebetrieb. Besteht ein schriftlicher oder sonstwie nachgewiesener Gesellschaftsvertrag, dürften während der Dauer der Gesellschaft und auch bei ihrer Beendigung keine Probleme entstehen. Bei der Liquidation der Gesellschaft sind zunächst die gemeinschaftlichen Schulden zu bezahlen und den Gesellschaftern Ersatz für allfällige Auslagen und Verwendungen zu leisten. Hierbei ist wichtig, dass gemäss Art. 537 Abs. 3 OR für Arbeitsleistungen grundsätzlich kein Ersatzanspruch besteht, ausser es sei im Gesellschaftsvertrag anders vereinbart worden²².

Sodann sind die Einlagen den Gesellschaftern zurückzugeben. Ein allfälliger Überschuss ist unter die Gesellschafter als Gewinn hälftig zu teilen, ein Fehlbetrag von ihnen als Verlust zu tragen²³.

Im Zusammenhang mit der Verlusttragung ist für den arbeit leistenden Partner einer einfachen Gesellschaft Art. 533 Abs. 3 OR von Bedeutung. Die Gesellschafter sind grundsätzlich frei, ihr Verhältnis der Gewinn- und Verlustbeteiligung zu regeln. Insbesondere ist es zulässig, dass der Gesellschafter, der zum gemeinsamen Zweck Arbeit beigetragen hat, nur Anteil am Gewinn, nicht aber am Verlust haben soll. Grund für diese Regelung ist die Tatsache, dass der arbeit leistende Gesellschafter auf jeden Fall am Verlust teilhat, wenn die Gesellschaft keinen Gewinn erzielt, indem er dadurch um die Früchte seiner Arbeit gekommen ist²⁴.

Bestand zwischen den Partnern einer eheähnlichen Gemeinschaft eine stille Gesellschaft, ist kein Gesamteigentum vorhanden, da alle Vermögenswerte in die alleinige Verfügungsmacht des Hauptgesellschafters übergegangen sind. Dieser ist Alleineigentümer. Bei der Beendigung der Gesellschaft gibt es deshalb kein Vermögen zu liquidieren, sondern es entsteht lediglich ein Abrechnungsverhältnis, in dem der stille Gesellschafter gegen den Hauptgesellschafters, in dessen Hand die Vermögenswerte bleiben, obligatorische Ansprüche erhält, die dem Wert seiner Beteiligung an der Gesellschaft entsprechen²⁵.

22 SIEGWART, N. 10f zu Art. 537 OR; VON STEIGER, S. 466.

23 Art. 549 OR.

24 MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, S. 196f. Aus Art. 533 Abs. 3 OR wird e contrario gefolgert, dass ein vermögensmässig an der Gesellschaft Beteiligter nicht von der Verlusttragung befreit und somit nur am Gewinn beteiligt werden darf. Mit dieser von der herrschenden Lehre gebilligten Auslegung setzt sich kritisch VON STEIGER, S. 388ff, auseinander, der die Regelung der Verlustbeteiligung der Parteiautonomie überlassen will.

25 MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, S. 242; KOSSENDEY, S. 110; SCHLÜTER, S. 26.

2. Die Kollektivgesellschaft und die Kommanditgesellschaft

Sobald die Partner einer eheähnlichen Gemeinschaft einen Gewerbebetrieb unter gemeinsamer Firma führen, bilden sie eine Kollektivgesellschaft, und zwar selbst dann, wenn sie sich dessen nicht bewusst sind²⁶. Zweck der Kollektivgesellschaft ist die Vereinigung von Arbeitskraft, Kapital und Kredit der Gesellschafter, weshalb sie unter Umständen gerade für die Partner einer eheähnlichen Gemeinschaft, die zusammen ein Unternehmen gründen wollen, als sehr geeignete Gesellschaftsform für ihre gemeinsamen Aktivitäten in Frage kommt. Auch die Kollektivgesellschaft kann formfrei gegründet werden. Gemäss Art. 552 Abs. 2 OR muss sie jedoch im Handelsregister eingetragen werden, was aber nur deklatorische Bedeutung hat. Konstitutive Wirkung hat der Handelsregistereintrag bei der nichtkaufmännischen Kollektivgesellschaft. Sie entsteht erst mit dem Eintrag ins Handelsregister.

Die Beitragsleistungen der Kollektivgesellschaftler werden vom Gesetz nicht geregelt, weshalb subsidiär das Recht der einfachen Gesellschaft zur Anwendung gelangt²⁷. In diesem Zusammenhang ist auf eine bedeutende Abweichung vom Recht der einfachen Gesellschaft hinzuweisen. Der einfache Gesellschafter untersteht einer nur beschränkten Treuepflicht, indem er gemäss Art. 536 OR keine Geschäfte betreiben darf, durch die der Zweck der Gesellschaft vereitelt oder gefährdet würde. Ganz anders der Kollektivgesellschaftler. Er ist mit den andern Gesellschaftern meist eng verbunden und untersteht deshalb einer strengen Treuepflicht in der Weise, dass er gemäss Art. 561 OR ohne Zustimmung der übrigen Gesellschafter im Geschäftszweig der Gesellschaft weder für eigene noch für fremde Rechnung Geschäfte machen, noch an einer andern Unternehmung als unbeschränkt haftender Gesellschafter, als Kommanditär oder als Mitglied einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung teilnehmen darf. Nicht zuletzt wegen dieser engen, bereits vom Gesetz vorgesehenen Verbundenheit der Kollektivgesellschaftler, welche gewissermassen die kaufmännische Konkretisierung der persönlichen Verbundenheit der Partner einer eheähnlichen Gemeinschaft darstellen kann, bietet sich die Kollektivgesellschaft als *die* Gesellschaftsform zur Gestaltung der gemeinsamen Geschäftsbeziehungen an, falls ein kaufmännisches Unternehmen betrieben wird.

Wie bei allen Personengesellschaften besteht ein Anspruch auf Entschädigung für geleistete Arbeit nach Art. 558 Abs. 3 OR nur, wenn er ver-

26 MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, S. 216.

27 Vgl. dazu o. II 1. sowie WULKAN, S. 151–173, der die persönliche Beitragsleistung in

traglich vereinbart worden ist. Diese Ansprüche sind bereits bei der Ermittlung von Gewinn und Verlust als Gesellschaftsschulden in Rechnung zu stellen. Wenn es vertraglich vorgesehen ist, dürfen die Honorare während des Geschäftsjahres bezogen und können im Konkurs der Gesellschaft als Gläubigerforderung geltend gemacht werden, unabhängig davon, ob der Honoraranspruch aus Gesellschaftsvertrag oder aus daneben bestehendem Arbeitsvertrag geschuldet wird²⁸. Voraussetzung für die Geltendmachung im Konkurs ist jedoch immer, dass der Anspruch nicht Bestandteil der Kapitaleinlage geworden ist²⁹. Gewinnanteile werden bei der Kollektivgesellschaft ausgeschüttet, wenn überhaupt ein Überschuss erzielt worden ist und die Kapitalanteile nicht durch Verluste früherer Jahre vermindert worden sind. Bei fehlender vertraglicher Regelung nehmen die Gesellschafter am Gewinn hälftig teil³⁰.

Auch die Kommanditgesellschaft kommt für Partner, die ein kaufmännisches Unternehmen führen wollen, ohne weiteres in Frage. Für die Begründung gelten grundsätzlich die gleichen Vorschriften wie für die Kollektivgesellschaft. Die Kommanditgesellschaft drängt sich als geeignete Gesellschaftsform auf, wenn ein Partner, der Komplementär, sich mit der gesamten Arbeitskraft, seinem Kapital und Kredit für die Gesellschaft einsetzen will, und der andere Partner, der Kommanditär, sich nur mit Kapital an der Gesellschaft beteiligen, keinen Einfluss auf die Geschäftsführung im einzelnen nehmen und auch nicht das Risiko einer unbeschränkten Haftung für die Verpflichtungen der Gesellschaft übernehmen will. Der Kommanditär gibt sich mit Informations- und Kontrollrechten zufrieden³¹.

Die Stellung des Komplementärs entspricht derjenigen des Kollektivgesellschafters, wobei ihm ausdrücklich gemäss Art. 599 OR das Recht und die Pflicht zur Geschäftsführung übertragen ist. Er erbringt also seine Arbeitsleistungen im Rahmen seiner Geschäftsführungspflichten und hat deshalb die dafür im Gesellschaftsvertrag oder evtl. Arbeitsvertrag vorgesehenen Honoraransprüche³². Hinzu kommen gegebenenfalls Zinsansprüche und natürlich die Gewinnbeteiligung.

Der Kommanditär hat gemäss Art. 600 Abs. 1 OR keine Geschäftsführungsbefugnis. Im Gesellschaftsvertrag kann jedoch sowohl ein blosses Recht als auch eine Pflicht zur Mitarbeit statuiert werden. Offen steht natürlich auch eine Vereinbarung von Mitarbeit durch Abschluss eines Arbeitsvertrages mit der Gesellschaft, zu dessen Eingehung für die Gesellschaft der

Form von Arbeit und die damit verbundenen Probleme sehr ausführlich behandelt.

28 VON STEIGER, S. 496ff.

29 SIEGWART, N. 23 zu Art. 570 OR.

30 MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, S. 213.

31 MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, S. 222ff.

32 Vgl. dazu die Regelung bei der Kollektivgesellschaft.

Komplementär zuständig ist³³. Entschädigungsansprüche für die geleistete Arbeit richten sich dann nach den entsprechenden vertraglichen Vereinbarungen. Auch der Kommanditär hat, wenn es vertraglich vereinbart ist, Anspruch auf Verzinsung seiner Kapitaleinlage. Sein Anteil am Gewinn wird in der Regel im Gesellschaftsvertrag festgelegt sein. Fehlt eine solche Regelung, hat gemäss Art. 601 Abs. 2 OR der Richter nach freiem Ermessen die Gewinnbeteiligung festzustellen³⁴.

8. Kapitel: Haftungsfragen

Wenn ein Partner für den andern Tätigkeiten verrichtet, ist es möglich, dass er dabei entweder dem Partner oder einem Dritten Schaden zufügt. Im folgenden soll deshalb die Frage geprüft werden, inwiefern eine Haftung des arbeitleistenden Partners gegenüber diesen beiden möglichen Geschädigten besteht. Es sei ebenfalls die Frage gestreift, unter welchen Voraussetzungen der arbeitgebende gegenüber dem arbeitleistenden Partner haftpflichtig werden kann.

I. Haftung gegenüber dem Partner

Hier ist zunächst zu unterscheiden, ob die Partner sich ihre Leistungen aufgrund eines Vertrages¹ oder ausserhalb vertraglicher Bindungen, aufgrund einer schlichten Vereinbarung, erbringen.

1. Haftung ausserhalb eines Vertragsverhältnisses

Schädigt der Arbeitleistende seinen Partner bei der Ausübung seiner Tätigkeit, ohne dass ihr ein Vertrag zugrundeliegt, beurteilt sich dessen Haftung nach Art. 41ff OR über die unerlaubten Handlungen². Den besonderen Aspekten der eheähnlichen Gemeinschaft, wie die enge innere und äussere Verbundenheit der Partner, die Leistung der Arbeit mit oder ohne Vergütungserwartung, Dauer der Gemeinschaft etc., kann der Richter im

33 SIEGWART, N. 7ff zu Art. 599ff OR.

34 MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, S. 228.

1 Arbeits- oder Gesellschaftsvertrag.

2 Auch KOSSENIDY, S. 111ff, scheint davon auszugehen, dass diese Haftung im Recht der unerlaubten Handlungen begründet ist, obwohl er dies nicht ausdrücklich sagt. Er setzt sich im wesentlichen nur mit der Frage auseinander, ob der Sorgfaltsmassstab zwischen Ehegatten gemäss § 1359 BGB – *diligentia quam in suis* – auch auf Partner einer eheähnlichen Gemeinschaft anzuwenden sei, was er bejaht.

Streitfall gemäss Art. 43f OR Rechnung tragen. Nach diesen Vorschriften bestimmt nämlich der Richter Art und Grösse des Schadenersatzes nach dem Verschulden³ und den Umständen. Grundsätzlich ist der ganze Schaden zu ersetzen. Es gibt jedoch Gründe, die es dem Richter nach seinem pflichtgemässen Ermessen erlauben, den Schadenersatz zu reduzieren. Solche Gründe nennt das Gesetz in Art. 44 OR, welcher eine Spezialnorm zu Art. 43 OR ist⁴. Eine weitergehende Schadenersatzreduktion ist aber über diese besonderen Reduktionsgründe hinaus gestützt auf Art. 43 Abs. 1 OR möglich, wenn diese der Billigkeit entspricht. Auf dieser Grundlage wird es je nach dem konkreten Fall ohne weiteres möglich sein, die Besonderheiten einer eheähnlichen Gemeinschaft im Rahmen des weiten haftpflichtrechtlichen Begriffes «Umstände» zu berücksichtigen.

In diesem Zusammenhang drängt sich ein Wort zum Sorgfaltsmassstab auf, welcher auf die Partner einer eheähnlichen Gemeinschaft anzuwenden ist. Nach deutschem Recht haben die Ehegatten gemäss § 1359 BGB bei der Erfüllung der gegenseitigen Verpflichtungen einander nur für die Sorgfalt einzustehen, welche sie in eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegen. Diese Regelung trägt der Tatsache Rechnung, dass ein gemeinsames Leben nahezu unerträglich und praktisch unmöglich wäre, wenn jeder Ehegatte dem andern gegenüber eine grössere Sorgfalt zu beachten hätte, als er sie in eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegt. Nachdem diese Überlegungen in gleichem Masse auch für die eheähnliche Gemeinschaft zutreffen, in der eine lückenlose Abgrenzung der persönlichen Bereiche auch nicht möglich ist, erklärte KOSSENDEY⁵ den Sorgfaltsmassstab des § 1359 BGB auch für unerlaubte Handlungen im Rahmen einer eheähnlichen Gemeinschaft als anwendbar.

Im schweizerischen Recht fehlt eine dem § 1359 BGB entsprechende Norm. Im Eherecht findet sich lediglich Art. 201 Abs. 1 ZGB, welcher die Verantwortlichkeit des Ehemannes für das eingebrachte Frauengut regelt, indem er dafür gleich einem Nutzniesser verantwortlich ist, d.h. er gemäss Art. 752 Abs. 1 ZGB für jedes Verschulden haftet⁶. Nach LEMP⁷ ist dieses Verschulden nicht wie im deutschen Recht an der Sorgfalt zu messen, die der Ehemann in eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegt, sondern dieser hat für die Sorgfalt eines guten Familienvaters einzustehen.

3 Zur Besonderheit der Bewertung des Verschuldens innerhalb einer eheähnlichen Gemeinschaft, vgl. u. bei N. 13.

4 OSER-SCHÖNENBERGER, N. 1 zu Art. 44 OR.

5 Seite 112.

6 EGGER, Eherecht, N. 7 zu Art. 201 ZGB.

7 N. 30f zu Art. 201 ZGB; ebenso KELLER, S. 112.

Damit wird für den Bereich der Vermögensverwaltung im Eherecht im besonderen und mangels einer dem § 1359 BGB vergleichbaren Bestimmung im schweizerischen Eherecht im allgemeinen auf einen objektivierten Verschuldensbegriff abgestellt, wie er dem schweizerischen Haftpflichtrecht zugrunde liegt. Verschulden bedeutet das Abweichen von einem von der Rechtsordnung in der konkreten Situation als angebracht erwarteten Durchschnittsverhalten⁸. Dieses Verschulden erscheint in zwei Formen: Als Vorsatz, d.h. gewollte Herbeiführung eines Schadens oder als Fahrlässigkeit, d.h. voraussehbare Herbeiführung eines Schadens durch mangelnde Sorgfalt⁹. Im Bereich der Fahrlässigkeit, die bei der Schadensverursachung anlässlich von ausservertraglichen Dienstleistungen innerhalb einer eheähnlichen Gemeinschaft die Regel sein wird, richtet sich der Sorgfaltsmassstab nicht nach den persönlichen Ansichten oder Gewohnheiten, sondern nach dem, was ein vernünftiger und ordentlicher Mensch, der bonus pater familias¹⁰ des römischen Rechts, unter den gegebenen Umständen als erforderlich ansehen würde¹¹. Dieser Massstab ist jedoch nicht starr, ein für allemal und für sämtliche Menschen feststehend. Es ist vielmehr als Regel zu nehmen, was im konkreten Einzelfall und aufgrund der gegebenen Verhältnisse – Alter, Beruf, Fähigkeiten der Beteiligten, auch Schwierigkeiten der zu besorgenden Arbeiten usw. – an Sorgfalt verlangt werden kann und muss¹².

Als Ergebnis dieser Betrachtung steht somit fest, dass das schweizerische Recht von Ehegatten bei der Erfüllung der gegenseitigen Pflichten die Sorgfalt eines bonus pater familias¹³ verlangt. Aufgrund der Überlegung, dass in dieser haftpflichtrechtlichen Frage kein Unterschied zwischen der Ehe und der eheähnlichen Gemeinschaft besteht, unterliegen die Partner einer solchen Gemeinschaft bezüglich Schädigungen aus unerlaubter Handlung demselben Haftungsmassstab.

2. *Haftung im Rahmen eines Vertragsverhältnisses*

Anders als im soeben geschilderten ausservertraglichen Bereich braucht bei Arbeitsleistungen aufgrund eines Arbeits- oder Gesellschaftsvertrages nicht auf die allgemeinen Haftungsnormen der Art. 41ff OR gegriffen zu werden, da die einschlägigen Vertragstypen eigene Haftungsbestimmun-

⁸ OETINGER, Haftpflichtrecht, S. 141.

⁹ OETINGER, Haftpflichtrecht, S. 142.

¹⁰ Vgl. zu diesem Begriff OETINGER, Haftpflichtrecht, S. 144, N. 26.

¹¹ VON TUHR, PETER, Bd. I/II, S. 429f.

¹² OETINGER, Haftpflichtrecht, S. 146ff.

¹³ Gerade dieser Begriff macht in diesem familienrechtlichen Zusammenhang den verlangten Sorgfaltsmassstab sehr anschaulich.

gen vorsehen. Diese Bestimmungen statuieren in der Regel, wie nachfolgend zu zeigen ist, eine gemilderte Haftung, indem von den Vertragspartnern nicht die Sorgfaltspflicht eines *bonus pater familias*, sondern nur eine *diligentia quam in suis* verlangt wird. Gegen diese andersartige haftpflichtrechtliche Situation ist nichts einzuwenden. Sie ist Folge davon, dass die Partner einen Ausschnitt aus ihrem gemeinsamen Leben einer besonderen vertraglichen Regelung unterworfen haben, weshalb die Verletzung eines solchen Vertrages auch nur nach den entsprechenden vertraglichen Bestimmungen zu beurteilen ist.

Für den in einem Arbeitsverhältnis arbeitenden Partner sieht Art. 321e OR eine gemilderte Haftung¹⁴ vor, die gemäss Art. 362 OR durch Abrede nicht verschärft werden darf. Nach dieser Norm bestimmt sich das Mass der Sorgfalt nach dem einzelnen Arbeitsverhältnis, unter Berücksichtigung des Berufsrisikos, des Bildungsgrades oder der Fachkenntnisse, die zu der Arbeit verlangt werden, sowie der Fähigkeiten und Eigenschaften des Arbeitnehmers, die der Arbeitgeber gekannt hat oder hätte kennen sollen. Damit hängt der Umfang der Haftung wesentlich von den gesamten Umständen und der Person des Arbeitnehmers ab, was es dem Richter im Streitfall wiederum ermöglicht, die Eigenart einer eheähnlichen Gemeinschaft besonders zu berücksichtigen. Er wird hier – mit Ausnahme des Sorgfaltsmassstabes – die gleichen Überlegungen anstellen können, wie sie bei der Beurteilung der Haftung aus unerlaubter Handlung notwendig sind¹⁵.

Der Vollständigkeit halber sei an dieser Stelle angefügt, dass auch der arbeitgebende Partner bei Verletzung der in Art. 328 OR niedergelegten Sorgfaltspflicht schadenersatzpflichtig nach Art. 97 OR werden kann¹⁶. Erfüllt die Vertragsverletzung gleichzeitig den Tatbestand einer unerlaubten Handlung, wie z. B. bei einer Körperverletzung des Arbeitnehmers, kann der Geschädigte den vertraglichen und den ausservertraglichen Schadenersatzanspruch alternativ geltend machen¹⁷.

Verrichtet ein Partner seine Arbeit im Rahmen einer einfachen Gesellschaft, so ist er gemäss Art. 538 Abs. 1 OR verpflichtet, den Fleiss und die Sorgfalt anzuwenden, die er in eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegt. Von ihm wird also eine *diligentia quam in suis* verlangt. Wird er für

14 REHBINDER, S. 54; *ders.*, Haftung, S. 71; SCHWEINGRUBER, S. 71.

15 Nach SCHWEINGRUBER, S. 71, handelt es sich denn beim Art. 321e Abs. 2 OR um eine auf das Arbeitsverhältnis zugeschnittene Anwendung einer allgemeinen Regel über die Herabsetzung der Schadenersatzpflicht nach Art. 44 OR; ebenso REHBINDER, Haftung, S. 71; vgl. zur Haftung des Arbeitnehmers im übrigen REHBINDER, Haftung, sowie VISCHER, S. 360ff und dort zitierte Literatur.

16 REHBINDER, S. 85f.

17 OETINGER, Haftpflichtrecht, S. 485; vgl. auch VISCHER, S. 357ff, der die strengen Anforderungen des Bundesgerichts an die Sorgfaltspflicht des Arbeitgebers behandelt.

seine Tätigkeit bezahlt, haftet er gemäss Art. 538 Abs. 3 OR nach den Bestimmungen des Auftragsrechts. Dasselbe gilt, wenn eine besondere vertragliche Abmachung fehlt, bei der Kollektivgesellschaft¹⁸ und der Kommanditgesellschaft¹⁹.

II. *Haftung gegenüber Dritten*

Schädigt der arbeitleistende Partner bei der Verrichtung seiner Tätigkeit für den andern einen Dritten, so wird er im Normalfall als Verursacher des Schadens gemäss Art. 41ff OR selber haftbar. Unter Umständen kann jedoch auch der arbeitgebende Partner schadenersatzpflichtig werden.

Dies ist zunächst dann der Fall, wenn er seinen arbeitleistenden Partner als Hilfsperson zur Erfüllung eines Vertrages mit dem geschädigten Dritten herangezogen hat. Für den durch die Hilfsperson dem Dritten verursachten Schaden ist der arbeitgebende Partner gemäss Art. 101 OR haftbar, wenn er nicht seine und seiner Hilfsperson Schuldlosigkeit nachweist²⁰.

Besteht zwischen dem arbeitgebenden Partner und dem Dritten kein Vertragsverhältnis, kommt die Geschäftsherrenhaftung gemäss Art. 55 OR in Frage, sofern deren Voraussetzungen erfüllt sind. Sie kann ausserdem mit Art. 101 OR konkurrierend zur Anwendung gelangen, wenn sich die schädigende Handlung der Hilfsperson als unerlaubte Handlung darstellt²¹. Im Gegensatz zu Art. 101 OR ist für die Haftung nach Art. 55 OR ein Verhältnis persönlicher Unterordnung erforderlich, indem der Arbeitleistende den Befehlen und Anordnungen des Geschäftsherrn Folge leisten muss. Hilfsperson im Sinne des Art. 101 OR kann demgegenüber auch derjenige sein, der vom Schuldner im einzelnen Fall zur Vertragserfüllung verwendet wird, ohne der Autorität des Schuldners unterworfen zu sein oder in einem Arbeitsverhältnis zu ihm zu stehen²². Eine genaue Prüfung dieser Frage wird sich insbesondere in denjenigen Fällen aufdrängen, wo ein Partner für den andern nicht aufgrund eines Vertrages, sondern aus Gefälligkeit tätig geworden ist. In solchen Fällen dürfte kaum ein Unterordnungsverhältnis vorliegen, so dass in erster Linie der arbeitleistende Partner gemäss Art. 41ff OR und in zweiter Linie eventuell der arbeitgebende Partner nach Art. 101 OR haftbar würde.

18 Art. 557 Abs. 2 OR.

19 Art. 598 Abs. 2 OR.

20 Art. 97 OR; BGE 92 II 19; VON TUHR/ESCHER, Bd. II, S. 129.

21 OFTINGER, Haftpflichtrecht, S. 490–492.

22 VON TUHR/PETER, Bd. I/2, S. 445; VON TUHR/ESCHER, Bd. II, S. 123.

Richtet ein Partner, der im Rahmen einer einfachen Gesellschaft mit seinem Partner arbeitet, bei einem Dritten einen Schaden an, indem vertragliche Pflichten nicht richtig erfüllt oder unerlaubte Handlungen mit Zustimmung der Gesellschafter begangen worden sind, so haften die Gesellschafter dafür gemäss Art. 544 Abs. 3 OR solidarisch, unbeschränkt und unmittelbar²³. Ist der Handelnde Geschäftsführer der Gesellschaft, so haftet die Gesellschaft, d.h. auch der andere Partner, für von ihm begangene Vertragsverletzungen gemäss Art. 101 OR. Eine Haftung nach Art. 55 OR scheidet aus, weil ein Subordinationsverhältnis zum anderen Gesellschafter fehlt²⁴.

Bewirkt ein Partner als Mitglied einer Kollektivgesellschaft einen Schaden bei der Erfüllung einer Schuldpflicht der Gesellschaft, so haftet diese nach Art. 101 OR²⁵. Begeht ein Gesellschafter in Ausübung seiner geschäftlichen Verrichtungen eine unerlaubte Handlung, so haftet gemäss Art. 567 Abs. 3 OR dafür ebenfalls die Gesellschaft. Diese Bestimmung gilt mit Einschränkungen auch für die Kommanditgesellschaft²⁶. Im übrigen hängt Art und Umfang der Haftung bei der Kommanditgesellschaft davon ab, ob der handelnde Partner als Komplementär oder Kommanditär aufgetreten ist²⁷.

9. Kapitel: Einzelfragen arbeitsrechtlicher Natur

I. *Auflösung der eheähnlichen Gemeinschaft – Auflösung des Arbeitsvertrages*

1. *Auflösung aus wichtigem Grund*

Wie bereits dargelegt¹ steht es den Partnern einer eheähnlichen Gemeinschaft jederzeit offen, ihr persönliches Verhältnis zu beenden. Im folgenden soll nun geprüft werden, inwiefern sich diese Auflösung auf ihre gegenseitige Mitarbeit auswirkt. Diese Prüfung erstreckt sich nur auf das Arbeitsvertragsrecht. Für das Gesellschaftsrecht beschränkt sie sich auf einen Hinweis auf die einschlägigen gesetzlichen Bestimmungen².

23 SIEGWART, N. 27 zu Art. 544; diese Haftung besteht jedoch nicht, wenn der Handelnde seine Vollmacht überschritten hat. Er haftet dann allein, VON STEIGER, S. 383.

24 VON TUHR/ESCHER, Bd. II, S. 124 N. 11; VON TUHR/PETER, Bd. I/2, S. 445, N. 10b.

25 SIEGWART, N. 6 zu Art. 567 OR.

26 Vgl. näheres dazu bei VON STEIGER, S. 518f.

27 Art. 603–608 OR.

1 Vgl. o. 2. Kap. bei N. 12.

2 Vgl. u. bei N. 10.

Bestand zwischen den Partnern für ihre Mitarbeit überhaupt keine vertragliche Regelung oder höchstens eine schlichte Vereinbarung, zeitigt die Auflösung der eheähnlichen Gemeinschaft im wesentlichen nur die bereicherungsrechtlichen Folgen, wie sie im 6. Kapitel dargestellt worden sind.

Fand die Mitarbeit der Partner aufgrund eines Arbeitsvertrages statt, stellt sich zusätzlich die Frage, ob von der Auflösung der eheähnlichen Gemeinschaft nicht auch das Vertragsverhältnis betroffen wird. Dies muss nicht notwendigerweise der Fall sein. Es ist durchaus denkbar, dass die Partner nach Beendigung ihrer persönlichen Gemeinschaft im wirtschaftlichen Bereich weiterhin wie bisher zusammenarbeiten. Solche Fälle werden aber die Ausnahme bilden, da die Partner in allen Lebensbereichen wieder ihren eigenen Weg gehen wollen. Ihnen steht es zu diesem Zweck offen, ihre Mitarbeit nach Art. 334ff OR zu kündigen.

Oft wird es für die sich trennenden Partner aber ein Bedürfnis sein, mit der persönlichen Trennung auch so rasch als möglich ihr Arbeitsverhältnis beenden zu können. Eine ordentliche Kündigung mit gegebenenfalls langen Kündigungsfristen könnte dieser sofortigen Beendigung aber im Wege stehen. Es ist deshalb zu prüfen, ob eine fristlose Aufhebung des Arbeitsvertrages gemäss Art. 337 Abs. 1 und 2 OR in Frage kommt. Nach dieser Bestimmung kann der Arbeitgeber wie der Arbeitnehmer aus wichtigen Gründen jederzeit das Arbeitsverhältnis fristlos auflösen. Als wichtiger Grund gilt namentlich jeder Umstand, bei dessen Vorhandensein dem Kündigenden nach Treu und Glauben die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses nicht mehr zugemutet werden darf.

Die Aufrechterhaltung eines Arbeitsverhältnisses kann einer Partei nicht mehr aufgezwungen werden, wenn das Vertrauen durch das Verhalten der andern Partei zerstört ist, wenn die wesentlichen Voraussetzungen persönlicher und sachlicher Art, unter denen der Vertrag abgeschlossen wurde, sich als hinfällig erweisen³. Die Handlungen, die als vertrauenszerstörend geltend gemacht werden, müssen von einer objektiven Schwere sein und das Vertrauen tatsächlich zerstört haben⁴. Normalerweise sind diese vertrauenszerstörenden Umstände spezifisch arbeitsrechtlicher Natur und im Arbeitsverhältnis selber begründet⁵. Es ist indessen allgemein anerkannt, dass auch Gründe in der Person oder im Lebensbereich des Kündigenden oder Ge-

3 DECURTINS, S. 17.

4 VISCHER, S. 418; DECURTINS, S. 18; BRUNNER, S. 27; FRITZ RAPP, Die fristlose Kündigung des Arbeitsvertrages, BJM 1978, S. 172.

5 DECURTINS gibt in den 100 dargestellten Gerichtsurteilen eine vielfältige Auswahl über die in der Praxis normalerweise geltend gemachten Kündigungsgründe. Vgl. auch VISCHER, S. 418f; STREIFF, N. 3 zu Art. 337-337a OR; BRÜHWILER, N. 6 zu Art. 337 OR; RAPP, BJM 1978, S. 174ff.

kündigten, die ihm nicht zum Vorwurf gereichen, eine fristlose Kündigung rechtfertigen können, was in Ausnahmefällen auch für das ausserdienstliche Verhalten einer Partei gilt, sofern es sich direkt oder indirekt auf das Arbeitsverhältnis auswirkt⁶. Erwähnt werden in diesem Zusammenhang etwa unverschuldete einschneidende Änderungen der persönlichen Verhältnisse oder schwere Verfehlungen, die das Arbeitsverhältnis an sich nicht berühren, die es jedoch als unzumutbar erscheinen lassen, noch in dieser persönlichen Beziehung zu bleiben⁷.

Die Beendigung der eheähnlichen Gemeinschaft, die die Partner nicht nur im persönlichen Bereich, sondern auch auf dem Gebiet der Erwerbstätigkeit zusammengeführt hat, darf nun sicher als solche einschneidende ausserarbeitsvertragliche Änderung betrachtet werden, welche die sofortige Auflösung des Arbeitsvertrages erlaubt, und zwar unabhängig davon, wie die eheähnliche Gemeinschaft beendet worden und welcher Partner dafür verantwortlich ist⁸. Mit der Beendigung der eheähnlichen Gemeinschaft wird nämlich oft auch die Grundlage für ein arbeitsvertragliches Vertrauensverhältnis entfallen sein. Selbstverständliche Voraussetzung dafür ist aber auch hier, dass die Aufrechterhaltung des Arbeitsverhältnisses nicht nur gemäss dem subjektiven Empfinden des Kündigenden, sondern nach objektiven Gesichtspunkten unzumutbar geworden ist. Dass eine fristlose Kündigung möglich sein muss, beweist am eindrucklichsten das Beispiel, wo ein Partner auf Grund eines Arbeitsvertrages dem andern den Haushalt führt. Haben sich in einem solchen Fall die Partner getrennt, so ist es für den arbeit leistenden Partner zweifellos unzumutbar, jeden Tag für den andern einzukaufen, zu kochen, dessen Wohnung zu putzen etc. Ähnlich kann es sich aber auch verhalten, wo ein Partner im Gewerbebetrieb des andern mitarbeitet, denn es ist ohne weiteres denkbar, dass einem Partner bereits der tägliche Anblick des andern im Betrieb nicht mehr zuzumuten ist. Immer sind in dieser Beziehung die Umstände des Einzelfalles massgebend, welche für die fristlose Kündigung vernünftigerweise in Betracht kommen und welche – im Streitfall durch den Richter – nach Treu und Glauben zu würdigen sind⁹. Im Rahmen dieser Würdigung ist dem Charakter der Partner, der Art und Intensität ihrer Bindung, der Art und Dauer des Arbeitsverhältnisses etc. Rechnung zu tragen.

6 BRUNNER, S. 30; STREIFF, N. 5 zu Art. 337/337a OR.

7 GUHL, S. 430; STREIFF, N. 5 zu Art. 337/337a OR, erwähnt den Krankheits- oder Todesfall in der Familie, der zur fristlosen Kündigung berechtigen kann.

8 Diese Frage stellt sich erst bei allfälligen Schadenersatzansprüchen, vgl. u. Ziff. 2.

9 BRUNNER, S. 27.

Ähnliches gilt für die Auflösung der Personengesellschaften, die gemäss Art. 545 Abs. 2, 574, 619 OR alle aus wichtigem Grund aufgelöst werden können. Diese wichtigen Gründe sind ganz allgemein dann gegeben, wenn die persönlichen und sachlichen Voraussetzungen, unter denen der Gesellschaftsvertrag abgeschlossen wurde, nicht mehr vorhanden sind und dem Gesellschafter die Fortsetzung der Gesellschaft nicht mehr zugemutet werden kann¹⁰.

2. Schadenersatzansprüche

Wird ein Arbeitsvertrag aus wichtigen Gründen aufgelöst, stellt sich das Problem von Schadenersatzansprüchen. Im Bereich des Einzelarbeitsvertrages können solche Ansprüche auf Art. 337b OR gestützt werden. Abs. 1 dieser Bestimmung scheidet aus, da die Auflösung der eheähnlichen Gemeinschaft nicht als vertragswidriges Verhalten bezeichnet werden kann.

Das Leben und der Verbleib in einer eheähnlichen Gemeinschaft kann nämlich gar nicht Gegenstand einer arbeitsvertraglichen Verpflichtung sein, da die Partner jederzeit das Recht haben, aus der Gemeinschaft auszutreten. Hingegen könnten je nach dem konkreten Fall gemäss Art. 337b Abs. 2 OR Schadenersatzansprüche gegeben sein, indem der Richter «in den andern Fällen»¹¹ die vermögensrechtlichen Folgen unter Würdigung aller Umstände nach seinem Ermessen bestimmt. Bei unverschuldeter Auflösung ist nach der Praxis der Schaden grundsätzlich zu teilen, wobei jedoch die Partei den grösseren Teil zu tragen hat, die ein Interesse an der Auflösung hat oder in deren Person der wichtige Grund eingetreten ist. Beidseitiges schuldhaftes Verhalten kann nach den allgemeinen Regeln des Obligationenrechts zur Herabsetzung oder zum Verlust des Schadenersatzanspruches führen¹². In diesem Zusammenhang nun kann es eine Rolle spielen, auf welche Art und Weise die Auflösung der eheähnlichen Gemeinschaft, welche, wie gezeigt, auch die Aufhebung des Arbeitsvertrages rechtfertigen kann, verursacht worden ist. Verliess z.B. ein Partner den andern ohne jeden vernünftigen Grund oder gab er ihm begründeten Anlass zur Aufhebung der Gemeinschaft¹³, so könnte ihn dieses Verhalten für den Schaden aus der sofortigen Aufhebung des Arbeitsvertrages nach den oben erwähnten Grundsätzen haftbar werden lassen.

10 Vgl. dazu VON STEIGER, S. 458f; SIEGWART, N. 29ff zu Art. 547 OR.

11 D.h. bei der gerechtfertigten unverschuldeten Auflösung nicht wegen vertragswidrigen Verhaltens; VISCHER, S. 420.

12 RHBINDER, S. 108; STREIFF, N. 4 zu Art. 337b-d OR; BRÜHWILER, N. 2 zu Art. 337b OR; RAPP, BJM 1978, S. 178.

13 Es ist hier an Tatbestände zu denken, die als Verlöbnisbruch gelten; vgl. o. 5. Kap. II 1, 6. Kap. V.

Ist unter den gleichen Umständen die Auflösung einer Gesellschaft bewirkt worden, ist auch in diesem Bereich grundsätzlich eine Ersatzpflicht für durch die Auflösung verursachten Schaden gegeben¹⁴.

II. *Leben in einer eheähnlichen Gemeinschaft als Verletzung von Arbeitnehmerpflichten*

Aufgrund der Befolgungspflicht des Art. 321d OR, die aus der allgemeinen Treuepflicht des Arbeitnehmers fließt, muss er allgemeinen Anordnungen und besonderen Weisungen nachkommen, die sich nicht nur auf das Verhalten im Betrieb und auf die Ausführung der Arbeit beschränken, sondern sich auch auf den ausserbetrieblichen Bereich erstrecken können¹⁵. Es ist nun zu prüfen, inwieweit ein Arbeitgeber unter Berufung auf die Treue- bzw. Befolgungspflicht seinem Arbeitnehmer das Leben in einer eheähnlichen Gemeinschaft verbieten kann.

Nach überwiegender Doktrin ist die Zulässigkeit ausserdienstlicher Weisungen anerkannt¹⁶. Voraussetzung dafür ist aber ein sachlicher Bezug zwischen Arbeitspflicht und in Frage stehendem ausserdienstlichem Verhalten¹⁷. Dabei muss dieser sachliche Bezug nach einem sehr strengen Massstab geprüft werden, indem sich das ausserdienstliche Verhalten des Arbeitnehmers wirklich nachteilig auf das Arbeitsverhältnis auswirken würde¹⁸. Im Zweifel ist deshalb von der Freiheit des Arbeitnehmers in seinem ausserdienstlichen Verhalten auszugehen. Gestützt auf das Recht des Arbeitnehmers auf Privatsphäre¹⁹ ist ein ausserdienstliches Weisungsrecht des Arbeitgebers nur in Ausnahmefällen zu anerkennen, wie dies z. B. bei einem Tendenzbetrieb der Fall sein kann²⁰.

Als Ergebnis dieser Überlegungen kann festgehalten werden, dass im allgemeinen einem Arbeitnehmer nicht verboten werden kann, in einer eheähnlichen Gemeinschaft zu leben, da kein sachlicher Bezug zwischen diesem Verhalten und dem Arbeitsvertrag gegeben ist. Selbst in Zweifelsfällen wäre für die Freiheit des Arbeitnehmers zu entscheiden.

14 SIEGWART, N. 35 zu Art. 547 OR; VON STEIGER, S. 460.

15 REHBINDER, S. 51.

16 STAMM, S. 85.

17 STAMM, S. 89.

18 HANS HUBER, Der Schutz der Staatsbürgerrechte des Arbeitnehmers, ZSR NF, 82 I (1963), S. 131ff (153). Es kann hier dem Arbeitgeber kein Ermessensspielraum zustehen, Stamm, S. 86.

19 328 Abs. I OR.

20 REHBINDER, S. 51; VISCHER, S. 339; KOSSENDEY, S. 120, nennt als extremes Beispiel für einen Tendenzbetrieb, der seinen Mitarbeitern das Führen einer eheähnlichen Gemeinschaft verbieten dürfte, einen Arbeitgeber, der die Bekämpfung der eheähnlichen Gemeinschaft zum Ziele hat.

In denjenigen Fällen, wo ein solch sachlicher Zusammenhang klar bejaht werden kann²¹ stellt sich das Problem, ob das Recht des Arbeitnehmers, in einer eheähnlichen Gemeinschaft zu leben, welches im Grundrecht der persönlichen Freiheit begründet ist²², nicht trotzdem vorgeht, ob es überhaupt beschränkt werden kann. Diese Frage ist unter dem Aspekt der Drittwirkung der Grundrechte zu prüfen. Diese Drittwirkung wird gerade für das Arbeitsrecht mehrheitlich bejaht²³. Sie spielt insbesondere bei der Beurteilung der Frage eine Rolle, inwiefern das Weisungsrecht des Arbeitgebers durch die Grundrechte des Arbeitnehmers begrenzt werden kann. Die Intensität der Drittwirkung hängt vom tangierten Rechtsgut ab. Je weniger persönlichkeitsnah ein Grundrecht ist, desto grösser wird der Spielraum für privatautonome Gestaltung²⁴. Besonders persönlichkeitsnah und damit am schützenswertesten sind die Rechtsgüter Gesundheit, Leib und Leben, Ehre, Glauben und Gewissen und – was hier besonders interessiert – die Privatsphäre, weil in diesen Fällen bereits das Tangieren eine Verletzung des Rechtsgutes bedeutet²⁵. Die Ausfüllung dieses aufgrund vorstehender Überlegung äusserst kleinen Spielraumes durch Weisungen bezüglich der Privatsphäre kann nun höchstens einem Tendenzbetrieb zugestanden werden. Einzig hier ist ein Verbot, in einer eheähnlichen Gemeinschaft zu leben, ohne Verletzung des Grundrechtes der persönlichen Freiheit des Arbeitnehmers denkbar.

Solche Betriebe werden jedoch selten anzutreffen sein. Zu suchen wären sie am ehesten im Bereich der katholischen Kirche. Als Beispiel seien aus der Verfassung des katholischen Konfessionsteils des Kantons St. Gallen vom 18.9.1979²⁶ angeführt die Verwaltung der Kathedrale St. Gallen²⁷, die Stiftsbibliothek St. Gallen²⁸, das Schweizerische Pastoralsoziologische Institut²⁹, welches u.a. auch das Sekretariat der Schweizerischen Bischofskonferenz führt. Zu nennen wären hier auch die Schulgemeinden, u.a. gerade des Kantons St. Gallen. Im Entwurf eines Volksschulgesetzes vom 23. Juni 1981 sieht nämlich der Regierungsrat in Art. 64 u.a. vor, dass ein Wahlfähigkeitszeugnis einem Bewerber für eine Lehrstelle erteilt wird, wenn er ein der Erziehungsaufgabe angemessenes Leben führt. Nach Auffassung des Regierungsrates «wird damit den mit der Zeit veränderbaren Wertmassstä-

21 Vgl. das Beispiel des erwähnten Tendenzbetriebes.

22 Vgl. o. 3. Kap. III.

23 STAMM, S. 58f mit einlässlicher Begründung samt Nachweisen.

24 Somit auch für das Weisungsrecht des Arbeitgebers.

25 STAMM, S. 65.

26 sGS 173.5.

27 Art. 47.

28 Art. 49.

29 Art. 53.

ben Rechnung getragen. Massgebend bleibt indessen eine nach allgemeinem Volksempfinden angemessene Lebensführung»³⁰.

Es liegt nun auf der Hand, dass in einem Kanton, wo das Konkubinat noch strafbar ist, das Leben in einer eheähnlichen Gemeinschaft einen Lehrer das Wahlfähigkeitszeugnis kosten könnte. Unabhängig davon, ob die Anwendung der genannten Bestimmung in diesem Sinne im Einzelfall vor der Verfassung standhalten würde, ist sie doch ein Indiz dafür, dass ein in eheähnlicher Gemeinschaft lebender Lehrer in einen Tendenzkonflikt geraten könnte. Da ein Lehrer im Beamtenverhältnis und nicht privatrechtlich angestellt ist und einen Bildungs- und Erziehungsauftrag der Öffentlichkeit zu erfüllen hat, muss er sich – so gemäss dem erwähnten Gesetzesentwurf – in seiner Lebensführung Einschränkungen unterwerfen, die von einem andern Staatsbürger nicht unbedingt verlangt werden können. Für einen privatrechtlich angestellten Lehrer, z. B. einer Privatschule, stellt sich somit das Problem nicht mehr derart zwingend. Nur wenn eine solche Schule als ausgeprägter Tendenzbetrieb zu bezeichnen ist – zu denken wäre etwa an einem Kloster angegliederte Internatsschulen oder an Ausbildungsstätten für katholische Laientheologen – könnte auch ein obligationenrechtlich angestellter Lehrer mit der Tendenz seines Arbeitgebers in Konflikt kommen.

Kaum entstehen dürfte ein Tendenzkonflikt bei Repräsentanten von Betrieben wie Banken, Versicherungen, bekannten Hotels, Zeitungen etc. Diese Betriebe werden zum vorneherein nicht als Tendenzbetrieb in dem Sinne betrachtet werden können, dass sich das Leben eines Angestellten in einer eheähnlichen Gemeinschaft nicht mit dieser Tendenz verträge. Mit andern Worten wird ein klarer sachlicher Zusammenhang³¹ zwischen der Lebensweise des Arbeitnehmers und dem Arbeitsvertrag fehlen.

Selbst wenn in einem solchen sicher selten anzutreffenden Betrieb der erwähnten Art sich eine Tendenz im hier diskutierten Sinne feststellen liesse, muss daran erinnert werden, dass der Spielraum, einem Arbeitnehmer Weisungen bezüglich der Privatsphäre zu erteilen, äusserst klein ist³².

Dementsprechend sind dem Verfasser Gerichtsentscheidungen, wo ein Tendenzkonflikt hätte entschieden werden müssen, weil ein Arbeitnehmer weisungswidrig in einer eheähnlichen Gemeinschaft gelebt hat, nicht bekannt. Dies dürfte ausserdem darauf zurückzuführen sein, dass es zu einem solchen Konflikt in der Regel gar nicht erst kommt, weil das Problem bereits bei den Vertragsverhandlungen geklärt wurde, oder wenn es erst während der An-

30 ABl 1981, 1100.

31 Vgl. o. bei N. 17.

32 Vgl. o. bei N. 25.

stellungsdauer auftaucht, einfach die Kündigung ausgesprochen wird, falls sich der Arbeitnehmer einer Weisung nicht unterzieht³³.

III. *Pflicht zur Zahlung von Sozialversicherungsbeiträgen unabhängig vom Bestand eines Arbeitsvertrages*

Das Eidgenössische Versicherungsgericht³⁴ qualifizierte die Unterhaltsleistungen, die ein Mann an eine mit ihm in eheähnlicher Gemeinschaft zusammenlebende Frau entrichtet, als Einkommen aus unselbständiger Erwerbstätigkeit im Sinne von Art. 5 Abs. 2 AHVG. Ausgehend von der Überlegung, dass ungleich der verheirateten Frau dem weiblichen Teil innerhalb einer eheähnlichen Gemeinschaft keine gesetzliche Verpflichtung zur Führung des Haushalts zukommt, wie andererseits dem Mann aus dem Zusammenleben keine gesetzlichen Pflichten erwachsen, betrachtete das Gericht Unterstützungsleistungen (Naturalleistungen und das zur freien Verfügung überlassene Bargeld) als Entgelt für die im Haushalt verrichteten Arbeiten.

Weil also weder eine Pflicht zur Haushaltsführung noch eine Pflicht zur Unterhaltsleistung besteht, werden Partner einer eheähnlichen Gemeinschaft diesbezüglich vom Sozialversicherungsrecht her als Arbeitnehmer bzw. Arbeitgeber eingestuft. Diese Begriffe sind nicht notwendigerweise im Sinne der Art. 319ff OR zu verstehen. Im Sozialversicherungsrecht wird, um die Beitragspflichtigen zu erfassen, nicht darauf abgestellt, ob zwischen ihnen ein Arbeitsvertrag besteht, sondern ob die betreffende Arbeitsleistung eine unselbständige Tätigkeit ist³⁵. So wird ein unterhaltleistender Partner einer eheähnlichen Gemeinschaft für seinen haushaltführenden Partner zur Zahlung von Sozialversicherungsbeiträgen verpflichtet, auch ohne dass ein Arbeitsvertrag zwischen ihnen besteht, weil das Sozialversicherungsrecht die Haushaltsführung als unselbständige Tätigkeit betrachtet.

33 In diesem Sinne äusserten sich auch die angefragten Vertreter der oben erwähnten Betriebe. Ein publiziertes Beispiel einer solchen Kündigung findet sich in der «Weltwoche», Nr. 28 vom 8. Juli 1981, wo die Internationale Vereinigung für Jugendhilfe, Genf, zwei Koordinatoren, die in eheähnlicher Gemeinschaft lebten, fristlos kündigte.

34 EVGE i. Sa. R. F., vom 28. Feb. 1950 (nicht publiziert); EVGE i. Sa. Potterat, vom 14. Nov. 1951, S. 231.

35 Vgl. dazu z. B. Art. 1 Abs. 1 lit. a AIVB. Nach einem neuesten Entscheid des Eidg. Versicherungsgerichtes (BGE 105 V 44; ERNST FISCHLI, Die Rechtsprechung des Eidgenössischen Versicherungsgerichtes im Jahre 1979 in: ZBJV 117 (1981) S. 323) bestimmt sich die Arbeitnehmereigenschaft in der Arbeitslosenversicherung grundsätzlich nach dem AHV-Beitragsstatut. Der entsprechende Entscheid wird daher auch für die Arbeitslosenversicherung durch die Ausgleichskasse getroffen. Bejaht diese eine Beitragspflicht, so wird der Pflichtige als Unselbständigerwerbender taxiert, weil er eine «beitragspflichtige Beschäftigung» ausübt.

Als Arbeitgeber hat somit der nicht haushaltführende, dafür aber Unterhalt gewährende Partner die gesetzlich festgelegten Beiträge an die AHV³⁶ und die AIV, IV und EO zu bezahlen³⁷. Diese Beiträge werden auf den Naturalleistungen³⁸ und dem zur freien Verfügung gestellten Bargeld erhoben. Die Pflicht zur Bezahlung der Beiträge entfällt, wenn beide Partner für den Unterhalt und den Haushalt besorgt sind, also die Unterscheidung in Arbeitgeber und Arbeitnehmer nicht möglich ist.

Als Folge dieser Regelung hat der haushaltführende Partner einen Anspruch auf Bezahlung von Sozialversicherungsbeiträgen durch den andern Partner während der Dauer der Gemeinschaft³⁹. Wie bereits erwähnt⁴⁰ gelangt somit der haushaltführende Partner in den Genuss einer höheren Rente.

Dieser Partner kann ausserdem, falls er nach der Auflösung der Gemeinschaft kein Erwerbseinkommen findet, nach den einschlägigen Bestimmungen⁴¹ Arbeitslosenunterstützung verlangen. In dieser Regelung besteht damit eine wirksame Hilfe gegen die möglichen wirtschaftlichen Nachteile bei einer unvorhergesehenen, da jederzeit möglichen Auflösung einer eheähnlichen Gemeinschaft. Das Sozialversicherungsrecht übernimmt gewissermassen eine Funktion, die im Falle der Ehescheidung dem Ehemann zukommt.

Der hier grundsätzlich gewährte Schutz wird jedoch in der Praxis leider selten zum Tragen kommen, weil die wenigsten Partner einer eheähnlichen Gemeinschaft davon Kenntnis haben. Erst das Wissen um diese Zusammenhänge könnte nämlich die Partner dazu veranlassen, den haushaltführenden bei einer Sozialversicherungskasse anzumelden und die entsprechenden Beiträge zu entrichten, was Voraussetzung dafür wäre, um einmal in den Genuss der dargestellten sozialversicherungsrechtlichen Leistungen zu kommen.

Für den Fall, dass die Partner diese Anmeldung versäumt haben, hat die Ausgleichskasse eine Nachzahlungsverfügung zu erlassen. Gemäss Art. 39 AHVV muss nämlich die Kasse unter Vorbehalt von Art. 16 Abs. 1 AHVG die Nachzahlung geschuldeter Beträge verfügen, wenn sie – z. B. auf Grund der Meldung eines Partners – davon Kenntnis erhält, dass ein Beitragspflichtiger keine oder zu niedrige Beiträge bezahlt hat⁴².

36 Art. 12, 13 AHVG.

37 Art. 1 Abs. 1 lit. b AIVB; Art. 2 IVG; Art. 27 EOG.

38 Kost und Logis.

39 Für den Fall der Auflösung der Gemeinschaft vgl. u. bei N. 43.

40 Vgl. o. 4. Kap. bei N. 93f.

41 Art. 9 Abs. 2 AIVB, Art. 24 Abs. 2 lit. b AIVG, Art. 12 Abs. 1 AIVV.

42 Die näheren Voraussetzungen für den Erlass einer solchen Verfügung haben ausführlich beschrieben BINSWANGER, N. 10 zu Art. 14 AHVG und SOMMERHALDER, S. 104ff.

Diese Beitragspflicht besteht aber gemäss Art. 16 Abs. 1 AHVG nur während 5 Jahren nach Ablauf des Kalenderjahres, für welches Beiträge geschuldet sind.

Während der Dauer der Gemeinschaft kann somit eine Nachzahlung für höchstens die letzten 5 Jahre verfügt werden. Nach Auflösung der Gemeinschaft muss eine Nachzahlungsverfügung innerhalb von 5 Jahren nach diesem Zeitpunkt erlassen werden, da sonst die Beitragsforderung erlischt. Der arbeitgebende Partner ist zur Nachzahlung sowohl seiner als auch seines Partners Beiträge verpflichtet. Für die Hälfte der bezahlten Beiträge kann er jedoch auf den haushaltführenden Partner gemäss Art. 62 OR zurückgreifen⁴³.

Falls nicht die Verjährung eingetreten ist, kann also ein Partner ohne weiteres noch nachträglich durch eine entsprechende Meldung bei der Ausgleichskasse die Beitragspflicht im erwähnten Rahmen auslösen und damit bis zu einem gewissen Grad noch nachträglich am Schutz der Sozialversicherung teilhaben.

Sind die in der Sozialversicherungsgesetzgebung vorgesehenen Berichtigungsmöglichkeiten erschöpft, z. B. infolge Verjährung, kann grundsätzlich der arbeitgebende Partner für einen allfälligen Schaden nach den einschlägigen obligationenrechtlichen Bestimmungen auf dem Weg des normalen Zivilprozesses belangt werden⁴⁴.

10. Kapitel: Zusammenfassung

Lange Zeit galt eine eheähnliche Gemeinschaft an sich als unsittlich und damit als rechtswidrig. In den letzten Jahren hat sich im Verständnis weiter Kreise der Bevölkerung und auch der Gerichte diese Vorstellung gewandelt: Eine eheähnliche Gemeinschaft kann nicht mehr zum vornherein als unsittlich bezeichnet werden. Im Gegenteil geniesst das Recht, in einer eheähnlichen Gemeinschaft leben zu können, den Rang eines Grundrechts und damit den Schutz der Verfassung. Allseits anerkannt ist, dass Rechtsgeschäfte zwischen den Partnern grundsätzlich abgeschlossen werden können. Einzig Zuwendungen, welche sich als Entgelt für die geschlechtliche Hingabe darstellen, sind unsittlich und damit nichtig.

43 EVGE 1958, S. 238; SOMMERHALDER, S. 107.

44 Vgl. zu dieser vermögensrechtlichen Verantwortlichkeit des Arbeitgebers ausführlich WINZELER, S. 96ff.

Da der gemeinsame Entschluss, eine eheähnliche Gemeinschaft zu begründen, weitgehend inhaltsleer ist, bedarf er der Ausfüllung durch die Planung der Modalitäten der Gemeinschaft. Erst diese Einzelabreden gestalten das gemeinsame Leben direkt und unmittelbar. Eine Gestaltungsmöglichkeit ist der Abschluss von Verträgen. So können die Partner gegenseitige Mitarbeit, sei dies im Haushalt oder im Gewerbebetrieb, zum Gegenstand eines Arbeitsvertrages machen. Der Abschluss solcher Verträge oder von Gesellschaftsverträgen ist zu empfehlen, kann doch nur dadurch dem Bedürfnis nach Sicherstellung für die Zukunft und Entschädigung für geleistete Arbeit wirksam Rechnung getragen werden. Fehlt zwischen den Partnern ein Vertrag, gibt Art. 320 Abs. 2 OR die Grundlage, Härtefälle zu vermeiden und auch demjenigen Lohn zuzusprechen, der für seine Arbeit keinen solchen verlangt hat in der Hoffnung, später auf andere Weise entschädigt zu werden.

In BGE 79 II 168 hat das Bundesgericht diese Bestimmung auch auf die eheähnliche Gemeinschaft angewandt, wovon es jedoch in BGE 87 II 164 leider wieder abgekommen ist. Nicht zuletzt unter Berücksichtigung der dem Entwurf zu einem neuen Eherecht zugrunde liegenden Tendenzen drängt sich die Rückkehr zu der in BGE 79 II 168 begründeten Praxis zwingend auf: Die Anwendung von Art. 320 Abs. 2 OR auf die eheähnliche Gemeinschaft muss grundsätzlich möglich sein.

Sichern sich die Partner für ihre Mitarbeit eine Entschädigung zu, so muss diese nicht notwendigerweise in Geld bestehen. Es kann auch eine atypische Leistung wie Heiratsversprechen, Verfügung von Todes wegen oder Schenkung sein. Von diesen Möglichkeiten ist die einzig zuverlässige, weil rechtlich durchsetzbare Lösung der Abschluss eines Erbvertrages.

Lassen sich vertraglich vereinbarte Ansprüche der Partner nicht durchsetzen oder beruhen sie bloss auf einer schlichten Vereinbarung, steht dem arbeitleistenden Partner in der *condictio causa data causa non secuta* ein Mittel zur Verfügung, die durch Arbeitsleistung beim Partner bewirkte Bereicherung zurückzuverlangen. Dabei berechnet sich der Umfang dieser Bereicherung nach objektiven, arbeitsmarktbezogenen Kriterien. Die Auflösung der eheähnlichen Gemeinschaft selbst durch den Bereicherungskläger schliesst den Schutz einer Bereicherungsklage nicht aus. Im Bereicherungsprozess haben sich die Partner ihre gegenseitigen Leistungen anzurechnen. Dies wird in der Regel dazu führen, dass ein Partner, der für geleistete Hausarbeit bereicherungsrechtliche Ansprüche stellt, wegen der Minderungsansprüche des andern leer ausgeht.

Weitere ausservertragliche Ansprüche, und zwar Schadenersatz und Genugtuung, können geltend gemacht werden, wenn die Partner verlobt

waren¹ oder wenn die Auflösung der eheähnlichen Gemeinschaft und damit das Ausbleiben einer Entschädigung eine Verletzung in den persönlichen Verhältnissen darstellt². Eine Vertrauenshaftung ist für das schweizerische Recht zu verneinen.

Die Mitarbeit der Partner kann sich nicht nur aufgrund eines Arbeitsvertrages, sondern auch im Rahmen einer Gesellschaft abspielen. Zu diesem Zweck bieten sich besonders die Personengesellschaften an, worunter vor allem die Kollektivgesellschaft für die kaufmännische Tätigkeit einer eheähnlichen Gemeinschaft als geeignet erscheint.

Die Auflösung der eheähnlichen Gemeinschaft kann ein «wichtiger Grund» sein, der zur sofortigen Auflösung eines Arbeitsvertrages berechtigen kann. Vorbehalten bleiben jedoch Ersatzansprüche für aus der Auflösung entstandenen Schaden.

Ein Arbeitnehmer darf in einer eheähnlichen Gemeinschaft leben, ohne dass er damit seine Treuepflicht verletzt. Höchstens in einem Tendenzbetrieb könnte dieses Recht gegebenenfalls durch Weisungen des Arbeitgebers beschnitten werden.

Unabhängig davon, ob zwischen den Partnern ein Arbeitsverhältnis besteht oder nicht, sind die gesetzlichen Beiträge an die AHV/IV/EO und Arbeitslosenversicherung zu bezahlen. Die daraus resultierenden Leistungen stellen einen wichtigen Schutz dar gegen die wirtschaftlichen Folgen einer unverhofften Auflösung der eheähnlichen Gemeinschaft.

1 Art. 92f ZGB.

2 Art. 28 ZGB.

Lebenslauf

Am 29. Mai 1951 wurde ich als Sohn von Hans und Ida Thurnherr-Kunz in Zofingen geboren. In Gossau (SG) besuchte ich die Primar- und Sekundarschule, in St. Gallen von 1967–1971 das Gymnasium der Kantonschule, welche ich mit der Maturität Typus B abschloss. An der Universität Zürich absolvierte ich in den Jahren 1971–1976 das Studium beider Rechte. Im Februar 1976 wurde ich zum lic. iur. promoviert. Anschliessend arbeitete ich als Auditor am Bezirksgericht Rorschach bis Mai 1977, in der Folge zudem bis März 1979 als Praktikant in einem Advokaturbureau in St. Gallen. Am 12. März 1979 erwarb ich das st. gallische Anwaltspatent. Seit März 1981 praktiziere ich als Partner des erwähnten Advokaturbureaus.

